

Skyldkravet ved Den internasjonale straffedomstol

En drøftelse av Romavedtektenes bestemmelser om skyldkravet.

Kandidatnummer: 221

Veileder: Jo Stigen

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 17993 ord

22.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG AVGRENSNING</u>	<u>4</u>
<u>2</u>	<u>METODE</u>	<u>6</u>
2.1	Primære rettskilder	6
2.2	Sekundære rettskilder	7
2.3	Tertiære rettskilder	8
2.4	Øvrige rettskilder	9
<u>3</u>	<u>ARTIKKEL 30; HOVEDREGELEN</u>	<u>10</u>
3.1	Strafferettslig ansvar	10
3.2	Art. 30, 2.ledd – Forsett	13
3.2.1	Lita a - handlingsdelikt	13
3.2.2	Litra b – følgesdelikt	14
3.3	Art. 30, 3.ledd – Kunnskap	17
3.3.1	Omstendighet	19
3.3.2	Konsekvens	21
3.4	Ansvar for de forskjellige gjerningsmenn.	21
3.4.1	Den direkte gjerningsmannen	21
3.4.2	Tilskynderen	22
3.4.3	Medhjelperen	22
<u>4</u>	<u>UNNTAK FRA HOVEDREGELEN</u>	<u>24</u>
4.1	Skyldkravet i forhold til folkemord	24
4.1.1	Den direkte gjerningsmann	25

4.1.2	Tilskynderen og medhjelperen	25
4.1.3	Oppfordreren	27
4.1.4	Å bevise <i>dolus specialis</i>	30
4.1.5	Artikkel 6, litra c, d og e; noen tilleggsbemerkninger	31
4.2	Skyldkravet i forhold til forbrytelser mot menneskeheten	33
4.2.1	Kunnskapskravet	33
4.2.2	<i>Dolus specialis</i> ; diskrimineringshensikt.	36
4.3	Skyldkravet i forhold til krigsforbrytelser	36
4.3.1	Kunnskapskravet	36
4.3.2	Skyldkravet for øvrig for krigsforbrytelser	37
<u>5</u>	<u>ARTIKKEL 28; OVERORDNEDES ANSVAR</u>	<u>39</u>
5.1	Handlinger og unnlatelser	40
5.2	Ansvar for det den overordnede visste	41
5.3	Uaktsomhetsvurderingen	42
5.3.1	Militære overordnede	43
5.3.2	Sivile overordnede	46
5.4	Den overordnedes tiltak	50
<u>6</u>	<u>ARTIKKEL 25, LITRA D; DELTAGELSE I KRIMINELL GRUPPE.</u>	<u>51</u>
6.1	Hovedhensyn og begrunnelse for regelen.	51
6.2	Skyldkravet	53
6.2.1	Generelt <i>dolus</i> ; forsettlig	54
6.2.2	Spesielt <i>dolus</i> ; mål eller kunnskap	55
6.2.3	Det felles formål	56
6.3	Dobbelt forsett?	57
<u>7</u>	<u>VILLFARELSE</u>	<u>58</u>

7.1	Faktisk villfarelse	58
7.2	Rettslig villfarelse	58
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>60</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 Innledning og avgrensning

Det er et alminnelig strafferettslig prinsipp at man bare straffer den som har utvist skyld. Slik er det også i den internasjonale strafferetten. Romavedtektene om Den internasjonale straffedomstol¹ krever som hovedregel at gjerningsmannen har utvist forsett, men i enkelte tilfeller er ulike former for uaktksomhet tilstrekkelig. Denne oppgaven vil drøfte de ulike skyldkravene Romavedtektene oppstiller.

Hensikten bak skyldkravet er å straffe dem som, i situasjonen handlingen begås, kan bebreides for sine handlinger. Hensynene er primært prevensjon og straffverdighet. Skyldgraden reflekterer normalt graden av bebreidelse, slik at varierende skyldgrader også gjenspeiler den varierende kontekst forbrytelser begås i.

Det vil først bli redegjort for skyldkravets hovedregel og for de unntak som gjøres fra hovedregelen i forhold til den enkelte kjerneforbrytelse. Deretter gjøres det rede for det spesielle skyldkravet militære og sivile overordnede må forholde seg til, og for deltagelse i en kriminell gruppe. Til slutt vil det kort bli omtalt hvordan villfarelse kan ha betydning for skyldkravet. Problemer i forhold til å bevise skylden, vil bli omtalt i sammenheng med det enkelte skyldkrav.

Den mentale skyld omfatter gjerningsmannens tanker i gjerningsøyeblikket. Skylden må omfatte alle deler av gjerningsbeskrivelsen, *actus reus*, og må ifølge dekningsprinsippet bevises i forhold til alle disse delene. Oppgaven avgrenses mot en redegjørelse av *actus reus*. Dekningsprinsippet binder delene sammen, men her er det kun den mentale skyld, *mens rea*, det skal redegjøres for. Det må også avgrenses mot straffbarhetsvilkårene tilregnelighet og nødverge i art. 26 og 31. Romavedtektene oppstiller et individuelt straffeansvar, slik at grensene for øvrig mot statsansvar og immunitet ikke vil bli berørt.

¹ Rome Statute of the International Criminal Court. Heretter kalt Romavedtektene.

Regler for Domstolens jurisdiksjon og vilkår for å få en sak inn for Domstolen, faller også utenfor oppgaven.

Romavedtektene har seks likestilte språk, jfr. art. 128. Jeg forholder meg i denne redegjørelsen til den engelske versjonen. Jeg vil bruke den engelske ordlyden aktivt i drøftelsen, sammen med en uformell norsk oversettelse.

Maskulint personlig pronomener vil benyttes ved beskrivelsen av gjerningsmannen eller den overordnede leder. Dette innebærer ingen kjønnsavgrensning.

2 Metode

Romavedtektene er en selvstendig traktat. Den gir selv reglene den skal styres etter. Rettskildene i Romavedtektene stammer generelt fra art. 38 i Statuttene til ICJ², som oppstiller rettskildene i folkeretten generelt. ICC modifiserer og spesialiserer disse generelle rettskildene, da spesielle hensyn på den internasjonale strafferettens område må tas. Art. 21 angir rettskildene i et hierarki. Rangsystemet kommer klart fram jfr. (a) *"In the first place"*, (b) *"In the second place"* og (c) *"Failing that"*. Domstolens diskresjonære skjønn er betydelig begrenset, slik at legalitetsprinsippet i art. 22 og art. 23 ivaretas.

2.1 Primære rettskilder

Jfr. art. 21, 1. ledd, litra a, skal tolkningsspørsmål primært løses på grunnlag av Romavedtektene selv, sammen med Elements of Crimes og Rules of Procedure and Evidence. I følge ordlyden er disse tre delene like viktige, øverst i hierarkiet. Men bestemmelser andre steder³ viser at Romavedtektene, mellom disse, vil være den viktigste rettskilden og ved motstrid gå foran.

Ved uklar ordlyd må Romavedtektene tolkes. Siden Romavedtektene er en folkerettslig traktat, vil den være direkte gjenstand for traktatstolkning under Wienkonvensjonen⁴. Wienkonvensjonen gir oss regler for traktatstolkning i art. 31-33. Ordlyden skal jfr. art. 31, 1. ledd tolkes i ordets vanlige betydning utifra konteksten ordet står i, og i lys av traktatens formål. Art. 32 er aktuell ved tolkning av forarbeidene som en sekundær rettskilde, og som middel til å klargjøre ordlydens meningsinnhold.

² Statute of the International Court of Justice.

³ Se Elements of Crimes" art. 9, 3. ledd og Rules of Procedure and Evidence art. 51, 5. ledd.

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties.

Elements of Crimes skal jfr. art. 9, 1. ledd assistere Domstolen i tolkningen av straffebestemmelsene i art. 6, 7 og 8. Disse har høy verdi som hjelpemiddel ved tolkningen av Romavedtektene, da de blant annet angir betydelig mer detaljert hvilket skyldkrav den enkelte straffebestemmelse krever.

2.2 Sekundære rettskilder

Art. 21, 1. ledd, litra b oppstiller de sekundære rettskildene. Domstolen kan vurdere disse rettskildene "*where appropriate*", etter eget skjønn.

For det første kan traktater være relevante ved at de brukes direkte i den angjeldende sak. Eksempelvis kan FNs Traktat om sivile og politiske rettigheter⁵ brukes når det i en enkelt sak skal avgjøres spørsmål om menneskerettighetene til den tiltalte.

For det andre kan traktater være relevante som bevis på et folkerettslig prinsipp eller en folkerettslig regel. som. Store traktater som Folkemordkonvensjonen⁶ og Genévekonvensjonene⁷, som gjør traktaten bindende også for stater som ikke har ratifisert den, vil være mest aktuelle. Enkeltstående konvensjoner kan også gi tolkningshjelp, og da gjerne ved tolkning av mer spesielle bestemmelser, som for eksempel Torturkonvensjonen⁸ ved tolkning av torturbestemmelser. Det er opp til Domstolen å avgjøre om den anser en konvensjon anvendelig.

Folkerettslige prinsipper er den andre sekundære rettskilden. Bestemmelsens ordlyd tyder på at det finnes folkerettslige prinsipper som skal kunne legges til grunn av Domstolen. Slike prinsipper nevnes spesielt hva angår væpnede konflikter, men det fremgår av bestemmelsen at folkerettslige prinsipper også kan oppstilles mer generelt. Prinsippene som da kan anvendes, er ikke hjemlet i Romavedtektene selv og har ikke noen sammenheng med nasjonal lovgivning.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights.

⁶ Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide.

⁷ Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War og Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.

⁸ Convention against Torture and other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment. (FN).

Prinsippene kan oppstilles som resultat av at de blir brukt av siviliserte samfunn, og er gjerne uttrykk for en slags felles oppfatning. Prinsippene må være vidt utbredt og allment akseptert. Slike prinsipper kan på strafferettens område være proporsjonalitetsprinsippet og likhetsprinsippet. Det vil være opp til Domstolen å avgjøre hva den anser å være slike folkerettslige prinsipper på den internasjonale strafferettens område.

Folkerettslig sedvane er den siste sekundære rettskilden. Tradisjonelt er folkerettslig sedvane utviklet gjennom en prosess. Statuttene til ICJ art. 38 angir folkerettslig sedvane som en rettskilde. Det er forvirrende når Romavedtektene ikke benytter begrepet folkerettslig sedvane men folkerettslige regler. Man bør dog se forbi terminologien her, og se på realiteten i begrepene. Når et handlingsmønster følges internasjonalt fordi statene generelt anser seg folkerettslig bundet til å handle på denne måten, vil regelen som trekkes ut av dette være en folkerettslig regel. Enhver generell, tilstrekkelig utbredt statspraksis utifra en følelse av rettslig forpliktelse, vil etablere en folkerettslig sedvane.

2.3 Tertiære rettskilder

Den tredje rettskilden i hierarkiet, er nasjonale regler. Domstolen kan anvende denne rettskilden dersom ingen løsning kan finnes i de ovenfor nevnte rettskildene, og er således ment å skulle fylle rettstomme rom.

Generelle prinsipper utledet fra verdens nasjonale rettssystemer, er underliggende prinsipper som gir uttrykk for generelle trender eller handlingsmønstre fra et flertall stater i verden. Det er her ikke ment at man skal se på noe enkelt rettssystem. Prinsippene bør være lovfestet og anvendt av en representativ majoritet av verdens nasjonale rettssystemer, og de store rettstradisjonene⁹ bør være inkludert.

Selv om regler og prinsipper fra enkeltstående nasjonale rettssystemer generelt ikke skal tas med i vurderingen, er det anledning til å ta spesielt hensyn til nasjonale regler fra stater som normalt ville utøvd jurisdiksjon i saken. Ved utledelsen av slike generelle prinsipper fra nasjonal rett, er

⁹ Særlig common law, kontinental-europeisk rett og/eller islamsk rett.

det opp til Domstolens skjønn å vurdere den nasjonale regelens generelle ”prinsipp-verdi”, og om den bør og kan anvendes.

Det antas at det først og fremst siktes til jurisdiksjon i kraft av å være territorialstaten og forbryterens hjemstat, men jurisdiksjon på andre grunnlag kan tenkes.

2.4 Øvrige rettskilder

Domstolen er i art. 21, 2. ledd gitt mulighet til å gi folkerettslige prinsipper og regler identifisert i en tidligere dom prejudikatverdi. Jfr. art. 21, 3. ledd skal reglene tolkes i tråd med internasjonalt anerkjente menneskerettigheter og uten diskriminering for øvrig.

Juridisk teori er en rettskilde av sekundær karakter i folkeretten etter Statuttene til ICJ art. 38, 1. ledd, litra d. Etter Romavedtektene art. 21 er ikke juridisk teori nevnt. Hvordan skyldkravet blir tolket i teorien, er således ingen formell rettskilde. Likevel kan det være nyttig å se på hvordan teorien tolker ordlyden og rettskildene i Romavedtektene som argument ved en selvstendig tolkning av de rettskilder art. 21 oppstiller. Noen vekt utover dette, vil slik teori dog ikke ha. I redegjørelsen av skyldkravet vil juridisk teori bli brukt for å belyse hvilke momenter det kan være verdifullt for Domstolen å vurdere.

Etter dette ser vi at rettskildebruken og metoden i ICC er mer detaljert enn den generelle folkeretten. Hovedbegrunnelse for dette, er at ICC befatter seg med internasjonal strafferett. Legalitetsprinsippet står derfor spesielt sterkt.

3 Artikkel 30; hovedregelen

Art. 30 er skyldkravets hovedregel, og gjelder dersom annet ikke er fastsatt, jfr. art. 30, 1. ledd. Forsett er et strengt skyldkrav. Det innebærer at kun de mest straffverdige handlinger kan forfølges av ICC.

Det kan hevdes at en generell hovedregel er overflødig, da mesteparten av straffebudene i Romavedtektene har sine egne, innebygde skyldkrav. Med få unntak blir skyldkravet således dobbelbehandlet, uten at dette innebærer noen realitetsforskjell. Unntakene vil bli behandlet nedenfor. Når ikke noe skyldkrav er spesielt nevnt, vil skyldkravet i art. 30 gjelde i den form det der står.

Det redegjøres her for skylden hos den som faktisk utfører handlingen. Art. 30 ansvarliggjør den gjerningsmann som jfr. art. 25 faktisk utfører, beordrer, tilskynder og medvirker til en straffbar handling.

3.1 Strafferettslig ansvar

Ifølge bestemmelsens ordlyd må forsett og kunnskap foreligge for at skyldkravet skal anses overtrådt. Skal ordet ”and” tolkes slik at vilkårene er kumulative eller fakultative?

Det er naturlig å tolke ordlyden slik at vilkårene skal oppfattes som kumulative jfr Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd. Dette er også Den forberedende komiteens synspunkt etter en drøftelse av spørsmålet.¹⁰ Forberedende arbeider til en multilateral overenskomst kan jfr. Wienkonvensjonen art. 32 tillegges betydning som tolkningshjelp av subsidiær karakter. Ordlyden tyder på at vilkårene bør tolkes til å være kumulative.

¹⁰ Se Report of the Preparatory Committee for the Establishment of an International Criminal Court, 51st session, Vol II, s. 92, 1997.

Komiteen bygget sitt synspunkt på at man ikke kan handle eller forårsake en følge med vilje, uten at man har kunnskap om omstendighetene rundt handlingen. Grunnlaget for valget av ordlyd vil her ha en viktig, klargjørende rolle. Tanken var at der en relevant omstendighet som betinger straffbarheten ikke er kjent, kan man heller ikke si at man har handlet forsettelig. Dermed må også en viss kunnskap om forhold som betinger skylden være til stede for at forsett skal foreligge. Imidlertid kan man ha mer eller mindre sikker kunnskap om en omstendighet eller at en konsekvens vil inntre, uten at man har til hensikt å frembringe en forbrytelse. Kunnskap kan altså foreligge uten at forsett foreligger.

For å kunne bli straffet, må man jfr. ”and” både ha kunnskap og forsett. Det er ikke egentlig nødvendig å nevne kunnskap som et selvstendig vilkår for skyld, da det anses en del av forsettet. Dette er grunnen til at forsett og kunnskap ble oppstilt som kumulative vilkår.

På den andre siden vil det være slik at dersom man tolker ordlyden bokstavlig, vil det ikke være nødvendig å nevne kunnskap spesielt. Kunnskap anses alltid som en del av forsettet og aldri et selvstendig grunnlag. I uttalelsene fra forarbeidene er det ikke uttalt noe om kunnskap om omstendigheter som betinger straffbarheten som et selvstendig straffbart grunnlag.

Ordlyden kan således også gi argument for en fakultativ tolkning. Når artikkelen uttrykkelig nevner både forsett og kunnskap, tyder dette på at begge har selvstendig betydning. Dette vil også være en logisk tolkning av ordlyden jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd. For eksempel ser vi av Romavedtektene art. 7, 1. ledd at selv om forbrytelser mot menneskeheten i form av mord, utryddelse etc., må være begått med både forsett og kunnskap, vil det mht. vide og systematiske angrep være tilstrekkelig med kunnskap. Oppbygningen av skyldkravet gir inntrykk av at skyldkravet er likt for alle straffebudene. Men skyldkravene forsett og kunnskap refererer til forskjellige deler av den straffbare handling; noen straffebud til skyld i forhold til en handling, noen til en straffbar konsekvens og noen til en omstendighet som betinger straffbarheten. En praktisk tolkning av ordlyden tyder på at vilkårene bør tolkes fakultativt.

Også effektivitetshensyn, samt regelens formål, tilsier at det bør være en åpning for å tolke vilkårene fakultativt. En logisk og analytisk tolkning bør finne sted.

Som vi ser av 2. ledd, refererer forsettet seg kun til handling eller konsekvens. Kunnskap i 3. ledd refererer seg til konsekvens eller omstendighet. En logisk og analytisk tolkning av 1. ledd vil tilsi at også kunnskap om omstendigheter som betinger straffbarheten skal tillegges selvstendig betydning. Dersom man har kunnskap om omstendigheter som gjør handlingen straffbar, og likevel velger å utføre den straffbare handlingen, kan handlingen anses å være like straffverdig som det å utføre handlingen i tråd med forsettsdefinisjonen. Mye taler således for at art. 30 skal anses overtrådt også i disse tilfellene. Dette problemet er ikke omtalt i Komiteens uttalelser.

En spesifisering av skyldkravet i art. 30 i Elements of Crimes, "General Introduction" punkt 2, styrker en fakultativ tolkning. Her uttales det at skyldkravets hovedregel, når ingen *"particular conduct, consequence or circumstance listed, it is understood that the relevant mental element, i.e. intent, knowledge or both, set out in Article 30 applies."* Elements of Crimes er en rettskilde av primær karakter jfr. art. 21, 1. ledd, litra a, og bør derfor tillegges betydelig vekt.

En fakultativ tolkning av skyldkravet kan dog anses å være utvidende i forhold til ordlyden, slik at den gir gjerningsmannen dårligere vern. Det kan da være legalitetsprinsippet står i veien for en slik tolkning. Selve ordlyden, at *"and"* og ikke *"or"* er valgt i en ny konvensjon på strafferettens område, taler mot en slik effektiv tolkning. Imidlertid ser man av forarbeidene til bestemmelsen grunnen til valget. Selv om slike forarbeider i folkeretten kun har subsidiær betydning i fortolkningen, kan den her kaste verdifullt lys over bakgrunnen for ordvalget. Særlig uttalelser i Elements of Crimes, "General Introduction" vil kunne gjøre at legalitetsprinsippet overholdes. Det vil være opp til Domstolen å avgjøre hvilken linje de her vil legge seg på, men gode argumenter taler for en utvidende tolkning der forsett og kunnskap bør forstås som fakultative vilkår.

Hva ligger så i at handlingen må være utført med forsett og¹¹ kunnskap?

¹¹ Og skal altså mest sannsynlig tolkes som eller. Men ordlyden i Romavedtektene er fortsatt og. Derfor er det dette som vil bli brukt i den videre redegjørelsen.

3.2 Art. 30, 2.ledd – Forsett

I 2. ledd gir Romavedtektene en redegjørelse for hva som ligger i det å ha forsett, "*intent*".

Forsettet kan henseile på selve handlingen, jfr. litra a, og på konsekvensene av handlingen, jfr.

litra b. I norsk strafferett vil dette svare til det vi kaller handlingsdelikter og følgesdelikter.

Følgesdelikter regulerer også handlinger, men straffbarheten er gjort avhengig av en spesiell følge. Både for handlingsdelikter og følgesdelikter ligger det generelt et krav om at handlingen og/eller følgen er et resultat av en frivillig handling. Kun ved frivillighet er bebreidelse og straffverdighet til stede. Generelt er det vanlig å si at forsett, i tillegg til å være en frivillig handling, også innebærer elementer av ønske eller villighet til å begå forbrytelsen i lys av omstendigheter rundt handlingen. Kun dersom forbryteren har kjennskap til de omstendigheter rundt handlingen som gjør den straffbar, foreligger forsett. Derfor må kunnskap være et element i forsettet. En tolkning av ordlyden og en naturlig forståelse av denne, jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd, gjør at begrepene går noe i hverandre.

3.2.1 Lita a - handlingsdelikt

Gjerningsmannen må her mene å utføre en handling som omfattes av et straffebud. Handlingen må utføres frivillig.

Når det gjelder handlinger, vil de ofte være relatert til det vi i norsk strafferett kaller visshetsforsett. Man vet med sikkerhet at handlingen er straffbar, men utfører den likevel.

Om også unnlatelser skulle være en del av "*conduct*", har vært gjenstand for diskusjon både i teorien og i Den forberedende komiteen¹². Unnlatelseshandlinger er ikke inkludert i teksten til Romavedtektene, slik at vi i utgangspunktet ikke kan innfortolke ulovlighet jfr.

legalitetsprinsippet i art. 22. Det vil da være opp til Domstolen i framtiden å tolke om det er naturlig og tillatelig i forhold til legalitetsprinsippet å la en unnlatelseshandling falle inn under begrepet handling. Også i forhold til ordlyden jfr. Wienkonvensjonen bør dette syn framholdes. Terminologien sier handling, og ikke handling og/eller unnlatelser. Det vil da være naturlig, særlig på strafferettens område, å tolke Vedtektene bokstavelig. Fram til Domstolen gir en annen

¹² Se bl.a. Report of the Preparatory Committee, august 1996, vol I, s. 45 og vol II s. 90.

tolkning av ordet handling, er forarbeidene og teori¹³ samstemmige når de framholder at kun positive handlinger omfattes.

Samtidig holdes muligheten åpen for at forsettelige unnlateseshandlinger kan omfattes av begrepet handlinger. Det reelle meningsinnholdet i en handling taler til fordel for en slik tolkning. En forsettelig unnlateseshandling foreligger når resultat av den forsettelige unnlatsen og den moralske skylden og bebreidelsen er like stor som om resultatet hadde blitt frambrakt ved en aktiv handling. Art. 8, 2. ledd, litra b, xxv gir en god illustrasjon av poenget, når man som en krigsforbrytelse forsettelig bruker utsulting av individer som en metode i krigføringen. Om man aktivt tar fra mennesker maten deres, eller om man på noen måte, som ofte er tilfelle i krig, kontrollerer mattilførselen og med vilje lar være å gi mennesker mat, vil resultatet være det samme. Menneskene vil sulte, og når hensikten med den aktive handling og med den forsettelige unnlatselse er den samme, er det mulig slike unnlateseshandlinger, også der unnlateseshandlingen ikke er uttrykkelig forbudt, vil falle inn under ordlyden. Forskjellen mellom en handling og en unnlatselse må vurderes konkret i det enkelte tilfelle.

For unnlateseshandlinger, vil det som er nevnt ovenfor bli fremholdt; det vil være opp til Domstolen å avgjøre om disse skal anses som en handling, eller om den i noen situasjoner vil falle inn under noen av unntakene til art. 30 jfr. *"unless otherwise provided"*. Et slikt unntak som er spesielt hjemlet i Romavedtektene, er unnlatselser begått av overordnede jfr. art. 28. Der unnlateseshandlinger ikke er spesielt hjemlet, kan det være vanskeligere å legge en slik inkluderende tolkning til grunn.

3.2.2 Litra b – følgesdelikt

For alle straffebud hvor en følge er straffbar, definerer 2. ledd, litra b hva som menes med at følgen må være forårsaket forsettelig.

Gjerningsmannen må enten mene å forårsake følgen, eller så må han være klar over at den vil inntre ved et normalt hendelsesforløp.

¹³ Se for eksempel Donald K. Piragoff i Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999.

3.2.2.1 *"means to cause that consequence"*

Denne bestemmelsen regulerer situasjoner hvor gjerningsmannen mener å forårsake eller har til hensikt å forårsake en straffbar følge.

Det er det man i norsk rett kaller hensiktsforsett det her siktes til. Ikke bare er gjerningsmannen klar over at handling kan gi en følge som er straffbar, men det er også denne straffbare følgen som er hensikten bak handlingen. Det vil ikke her være så viktig i hvilken grad gjerningsmannen holder følgen for sannsynlig. Det faktum at han ønsker følgen, gjør handlingen så bebreidelsesverdig at den omfattes av den strenge skyldgraden forsett.

3.2.2.2 *"aware that it will occur in the ordinary course of events"*

I situasjoner hvor det er en kausal forbindelse mellom gjerningen og følgen, og gjerningsmannen er klar over denne forbindelsen, vil forsett i forhold til denne bestemmelsen foreligge. En vanlig forståelse av ordlyden her, jfr Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd og legalitetsprinsippet, tyder på at det kreves nokså mye. Det skal mye til for å kunne si at kan er klar over at en følge vil inntre.

3.2.2.2.1 Visshetsforsett

Når en gjerningsmann vet at han vil forårsake en følge, vil dette være det vi i norsk strafferett kaller visshetsforsett. Man holder for sikkert at følgen vil komme, men utfører handlingen likevel.

Man kan aldri være 100% sikker på at følgen vil inntre, siden det alltid kan skje noe uforutsett som gjør at handlingsforløpet blir annerledes. Likevel, hvis man utfører en handling fordi man vet man vil forårsake en straffbar følge dersom et normalt hendelsesforløp utspiller seg, vil man kunne kalle det visshetsforsett. Denne type forsett vil klart omfattes av bestemmelsen.

3.2.2.2.2 Sannsynlighetsforsett

Ofte er man ikke 100% sikker på at følgen vil inntreffe, men man holder følgen for i større eller mindre grad sannsynlig. Bebreidelsen øker desto større sannsynlighet gjerningsmannen holder følgen for å ha. I norsk rett går denne grensen ved den mest sannsynlige følgen, hvilket vil si ved

den følgen som har minst 51% sannsynlighet for å inntreffe.¹⁴ Dette leder til spørsmålet om skyldkravet er oppfylt i ICC dersom gjerningsmannen kun holdt den straffbare følgen å være det mest sannsynlige utfallet. Er norsk rett og Romavedtektene sammenfallede?

En naturlig tolkning av ordlyden "*aware that it will occur*" tyder på at sannsynligheter under 100% kan tillates. Dersom kun de følger som med 100% sikkerhet vil inntre er omfattet, ville følgesforsettet være uttømmende regulert gjennom visshetsforsettet. Det må da antas at det er følger som er under 100% sikre bestemmelsen regulerer. Bestemmelsen kan tolkes slik at et strengt sannsynlighetsforsett er inkludert. Spørsmålet blir etter dette hvor sannsynlig denne følgen må holdes å være. Hvor på skalaen mellom 50% og 100% vil grensen ligge?

En naturlig tolkning av ordlyden "*will occur*" tyder på at det er tilstrekkelig at gjerningsmannen anså det slik at følgen med høy sannsynlighet ville inntre. Noe generelt utover at det her siktes til de "nesten helt sikre følger", vil det være vanskelig å si. Domstolen må avgjøre hvor stor sannsynlighet følgen hadde i den enkelte sak, og deretter avgjøre om den skal falle inn under slike følger som gjerningsmannen var klar over at ville inntre. Følger som er under 100% sikre tillates, men ordlyden peker på at sannsynligheten må være langt over 50%.

3.2.2.2.3 *Dolus eventualis*

Norsk rett regner *dolus eventualis* som en type forsett. Dersom man foretar en handling med en større eller mindre risiko for at den vil medføre en forbrytelse, vil gjerningsmannen uansett anses å ha handlet forsettelig dersom han ville ha utført handlingen selv om han visste at den straffbare følgen ville inntre. Det har da ingen betydning om han håper den straffbare følgen ikke vil inntre eller hvor reell risikoen er for at den vil inntre. Det sentrale er at han har tatt det standpunkt at han ville ha utført handlingen selv om den straffbare følgen sikkert skulle inntre. Dersom gjerningsmannen ikke har tenkt på hva han ville gjort dersom han hadde visst at den straffbare følgen ville inntre, vil han ikke kunne straffes for forsett.¹⁵

¹⁴ Se Eskeland; Strafferett, s. 262.

¹⁵ I norsk rett har Høyesterett slått dette fast i Rt. 1980 s. 979.

Det uklart om *dolus eventualis* omfattes av skyldkravet i Romavedtektene art. 30. Vedtektene oppstiller ansvar for de handlinger gjerningsmannen hadde til hensikt å utføre og for de straffbare følger han visste han ville forårsake eller var klar over at ville inntre i et normalt hendelsesforløp. En streng tolkning av ordlyden jfr. legalitetsprinsippet i art. 22, peker i retning av at det ikke vil falle inn under forsettets grenser dersom gjerningsmannen bare var klar over at konsekvensen kunne inntre. Dette tyder på at kun konsekvenser som med høy grad av sikkerhet jfr. punkt 3.2.2.2.2 vil inntre, omfattes av forsettet, og ikke der det kun spekuleres i den.¹⁶

3.3 Art. 30, 3.ledd – Kunnskap

Å ha kunnskap vil si å være klar over at en omstendighet eksisterer eller at en konsekvens vil inntre ved et naturlig hendelsesforløp. Generelt kreves faktisk, positiv kunnskap. Dette følger blant annet av villfarelsesbestemmelsen i art. 32, 1. ledd. Når skyldkravet krever kunnskap, vil det i utgangspunktet stride mot legalitetsprinsippet i art. 22 dersom kunnskapsbegrepet tolkes utvidende.

En grense nedad kan her tenkes mot et konsept mange rettssystem har, kalt "*wilful blindness*"¹⁷. I dette ligger det at det i begrepet kunnskap også inkluderes situasjoner hvor man har en sterk mistanke om noe, men man med vilje prøver å unngå og oppnå sikker kunnskap. Man kan ikke her si at man faktisk var klar over omstendigheten. Likevel, mange rettssystemer anser dette som så nært opp til det å ha faktisk kunnskap, at de utvider kunnskapsbegrepet til å også omfatte dette. Om ICC vil utvide kunnskapsbegrepet, gjenstår å se. Det kunne det være nyttig og nødvendig å komme slike situasjoner til livs. Det bør ikke kunne gå an å unnskylde sine handlinger med at man ikke kjente til de omstendighetene som gjorde handlingen ulovlig, når man har forholdt seg på beskrevne måte. Hjemmel for å inkludere "*wilful blindness*" i kunnskapsbegrepet, kan finnes i alminnelige folkerettslige prinsipper jfr. art. 21, litra c, som et alminnelig prinsipp utledet fra nasjonale rettssystemer. "*Wilful blindness*" er kjent fra mange nasjonale rettssystemer med

¹⁶ Dette synet er også det herskende i juridisk teori. Se f.eks Albin Eser i The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol I, 2002 og Donald K. Piragoff i Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999.

¹⁷ Kjent særlig fra common law.

common law-rettstradisjon, og kan således være et argument for at konseptet også i Romavedtektene skal innlemmes i kunnskapskravet.

I de saker Domstolen dømmer og en stat med common law-rettstradisjon som benytter ”*wilful blindness*” som en del av kunnskapsbegrepet i sin nasjonale rett, normalt ville utøvd jurisdiksjon, kan hjemmel for å utvide kunnskapsbegrepet finnes i art. 21, litra c. Men kunnskapskravet bør ikke generelt tolkes så vidt. Andre rettstradisjoner, som for eksempel kontinental-europeisk rett, tolker ikke kunnskapsbegrepet så vidt. Ordlyden gir heller ikke grunnlag for en slik tolkning, slik at det strenge legalitetsprinsippet jfr. art. 22 også taler mot en slik utvidende tolkning generelt sett.

I mangel på direkte bevis på faktisk kunnskap hos gjerningsmannen, er det antatt at kunnskap også kan utledes fra omstendighetene. Presumpsjoner om skyld i en bestemt situasjon vil ikke være forenelig med legalitetsprinsippet i art. 22, men kunnskap utledet fra omstendighetene rundt forbrytelsen antas å være forenelig med prinsippet.

ICTY har i *Delalic*-saken,¹⁸ som gjaldt overordnede kunnskap om underordnede handlinger, uttalt at kunnskap kan utledes.¹⁹ Momenter ved vurderingen i denne saken, uttaler Tribunalet kan være typen forbrytelser, konteksten handlingene ble begått i og ikke minst antallet forbrytelser. Videre vil man kunne vurdere tidspunktet for når forbrytelsene ble begått, antall og type tropper involvert, hvor forbrytelsene skjedde geografisk, hvem som var involvert og hvor vidtrekkende forbrytelsene var. Dette er generelt momenter man kan ta med i vurderingen av om en gjerningsmann hadde kunnskap som betinger straffbarheten. Hver gjerningsmann må selvfølgelig vurderes separat og utifra sin egen situasjon. Siden det kan være vanskelig å bevise faktisk kunnskap hos en gjerningsmann hvor kunnskap ikke innrømmes eller kan bevises på andre måter, er det svært nødvendig å ha denne muligheten til å utlede kunnskap for å kunne komme slike forbrytelser til livs. Dette vil i like stor grad gjelde de saker ICC vil befatte seg med. Gode grunner taler derfor for at også ICC vil tillate at kunnskap utledes fra omstendighetene.

¹⁸ 1998, ICTY, Prosecutor vs Delalic and others, punkt 386.

¹⁹ Saken gjaldt her overordnede ansvar, men det er antatt at der skyldkravet generelt krever faktisk kunnskap, vil kunnskap utledet fra omstendighetene være tilstrekkelig.

For øvrig vil jeg komme tilbake til hvilke bevis som kan føres i konkrete situasjoner, særlig for å bevise *dolus specialis* for folkemord og kunnskap hos overordnede.

3.3.1 Omstendighet

Kunnskap om en konsekvens anses som en del av forsettet. Dette er utgangspunktet for at ordet "and" er benyttet i art. 30. Men kunnskap om en omstendighet er en selvstendig størrelse, uavhengig av forsettsdefinisjonen. Gode grunner taler derfor for at skyldkravet i art. 30 er oppfylt dersom kunnskap om en omstendighet kan bevises, og at "and" således bør tolkes som "or".

Hva innebærer det at gjerningsmannen må være klar over at en omstendighet foreligger?

Det dreier seg her om å være klar over omstendigheter som gjør at en handling eller en følge faller inn under straffebudene i Romavedtektene. Bestemmelsen relaterer seg til omgivelsene. Når det gjelder hva som ligger i å være klar over en omstendighet, henviser jeg generelt til redegjørelsen ovenfor i 3.2.2.2, og da særlig til sannsynlighetsforsett. I begrepet "*awareness that a circumstance exists*" ligger mye av det samme som er diskutert der, da det å være klar over en omstendighets eksistens også er et spørsmål om grad av sikkerhet. Det er det man i normal språkbruk kan si at man er klar over, som skal rammes. Ordlyden må også her tolkes strengt.

Skyldkravet omhandler kunnskap om spesifikke omstendigheter. Derfor vil kravet også være i tråd med legalitetsprinsippet i art. 22. Det er naturlig å dele omstendighetene inn i tre grupper; kunnskap om faktiske omstendigheter, kunnskap om legale omstendigheter og verdivurderinger. Kunnskap om omstendigheter betinger skylden av at gjerningsmannen visste hvordan virkeligheten forholdt seg.

Med kunnskap om faktiske omstendigheter siktes det til kunnskap om hvordan virkeligheten faktisk forholder seg.

For eksempel kan en slik omstendighet være at en soldat er såret. Etter art. 8, 2. ledd, litra a, i og litra c, i, er det ulovlig å drepe sårede soldater. Det betinger ikke straffbarheten om gjerningsmannen var i rettsvillfarelse angående ulovligheten av å drepe soldater som befinner seg *hors de combat* og er beskyttet fordi de er sårede. Men kjenner gjerningsmannen til den faktiske

omstendighet at soldaten er såret, er dette jfr. Elements of Crimes nok for å bli stilt til ansvar. Det er nok at gjerningsmannen kjenner til den faktiske omstendighet som etablerer statusen som beskyttet.

En annen slik faktisk omstendigheter som betinger straffbarheten, er om gjerningsmannen vet at han befinner seg i en væpnet konflikt. Kunnskapskravet om denne faktiske omstendigheten gjelder generelt i forhold til alle handlinger som etter art. 8 er gjort straffbare. Dette ser vi for eksempel av Elements of Crimes til art. 8, 2. ledd, litra a, i, punkt 5 og art. 8, 2. ledd, litra b, i, punkt 5 for internasjonale konflikter vedkommende, og art. 8, 2. ledd, litra c, i-1, punkt 5 for interne konflikters vedkommende. Som vi ser av "Introduction" til art. 8 i Elements of Crimes, trenger ikke gjerningsmannen vurdere om han juridisk sett befinner seg i en væpnet konflikt slik denne er definert i loven. Det er tilstrekkelig at han har kunnskap om de faktiske omstendigheter som gjør situasjonen til en væpnet konflikt.

Kunnskap om legale omstendigheter vil si kunnskap om lovlige definisjoner og lignede. Normalt vil ikke kunnskap om rettslige omstendigheter betinge straffbarheten²⁰, jfr. eksemplene ovenfor. For at slik kunnskap skal kunne ha innvirkning på en handlingss straffbarhet, må kunnskap om slike omstendigheter være gjort til en del av skyldkravet.

Et eksempel har vi ved bruk av fredsflagget jfr. art. 8, 2. ledd, litra b, vii. Når gjerningsmannen vet at bruken er ulovlig, har han kunnskap om en legal omstendighet som er en del av skyldkravet, og som dermed betinger straffbarheten. Dette kommer klart fram i Elements of Crimes til art. 8, 2. ledd, litra b, vii-1 i punkt 3, som krever at "[t]he perpetrator knew or should have known of the prohibited nature of such use". Kunnskap om regelen er en nødvendig del av skyldkravet.

Verdivurderinger er den siste typen omstendigheter som kan gjøre at kunnskapskravet i forhold til skyldkravet i art. 30 oppfylles. Et eksempel på en verdivurdering er art. 8, 2. ledd, litra a, ii; krigsforbrytelsen tortur jfr. Genèvekonvensjonene slik dette er spesifisert i Elements of Crimes art. 8, 2. ledd, litra a, ii-1. Det anses som tortur dersom gjerningsmannen "*inflicted severe physical or mental pain*". Hva som da ligger i "*severe*"- alvorlig, vil være en slik verdivurdering.

²⁰ Etter at. 32, 2. ledd, if er det åpnet for strafffrihet på grunnlag av rettsvillfarelse etter Domstolens skjønn. Mer om rettsvillfarelse i kap. 7.2.

Også ord som *"serious"*, *"grave"* og *"inhumane"*, som benyttes flere steder i Romavedtektene, er slike verdivurderinger. Det er nok at gjerningsmannen var klar over de faktiske omstendigheter som lå til grunn for å kunne konkludere med at handlingen for eksempel var umenneskelig. Et krav om noen positiv konklusjon hos den enkelte gjerningsmann om handlingens verdi, ville gjort bestemmelsen meget vanskelig å håndheve. Derfor, som det også går fram av den generelle introduksjonen til Elements of Crimes punkt 4, trenger ikke gjerningsmannen selv å ha konkludert med at hans handling hadde en bestemt verdi. Det holder med positiv kunnskap om de objektive forholdene rundt handlingen.

3.3.2 Konsekvens

"[A]wareness that [...] a consequence will occur" i definisjonen av *"knowledge"* har den samme ordlyden som litra a i definisjonen av *"intent"*. Dette innebærer, som tidligere nevnt, at kunnskap er et element i forsettet. Jeg henviser derfor til redegjørelsen ovenfor i punkt 3.2.2.2.

Gjerningsmannen må enten med sikkerhet vite eller med høy grad av sannsynlighet være klar over, at konsekvensen vil inntreffe.

3.4 Ansvar for de forskjellige gjerningsmenn.

Den direkte gjerningsmannen, tilskynderen og andre medvirkere er selvstendig ansvarlig etter art. 25, 3. ledd, litra a - c. Skyldkravet i art. 30 har noen særegenheter i forhold til den enkelte persongruppe. Det vil derfor være på sin plass å utdype hvordan skyldkravet er for hver av disse.

3.4.1 Den direkte gjerningsmannen

Den direkte gjerningsmannen vil komme inn under bestemmelsen i art. 30 jfr art. 25, 3. ledd, litra a – *"commits"*; som den som faktisk utfører den straffbare handlingen. Den direkte gjerningsmannen kan straffes for sine handlinger som faller under Domstolens jurisdiksjon dersom han har utført handlingen med forsett og kunnskap.

3.4.2 Tilskynderen

I forhold til den som beordrer eller tilskynder en forbrytelse etter art. 25, 3. ledd, litra b, er ingen spesiell *mens rea* nevnt. Dette innebærer at hovedreglen i art. 30 gjelder. Likevel vil skyldkravet være litt spesielt da det her ikke er den som faktisk utfører forbrytelsen som holdes ansvarlig, men den som beordrer eller tilskynder en annen til å utføre den.

For at en tilskynder skal kunne straffes, kreves det ”dobbelte forsett”; forsett både i forhold til egen handling og i forhold til den direkte gjerningsmannens handling.

I forhold til tilskynderens egen handling, kreves det at ordren er gitt eller tilskyndelsen er utøvet med forsett og kunnskap jfr. art. 30. I dette ligger det at tilskynderen må ha rettet tilskyndelsen eller ordren slik at målet var å få hovedgjerningsmannen til å begå en forbrytelse underlagt Domstolens jurisdiksjon, eller at han visste eller holdt denne følgen for meget sannsynlig.

I tillegg kreves det at tilskynderen antar at den direkte gjerningsmannen vil begå forbrytelsen med den skyld Romavedtektene krever for å få denne straffen. Så hvis tilskynderen prøver å få den direkte gjerningsmannen til å begå en forbrytelse som krever forsett, må han i tillegg til selv å ha utøvd tilskyndelsen med forsett og kunnskap jfr. art. 30, også anta at den direkte gjerningsmannen vil begå forbrytelsen med tilstrekkelig forsett og kunnskap.

3.4.3 Medhjelperen

Det subjektive skyldkravet for medhjelpere, jfr. art. 25, 3. ledd, litra c, går lenger enn det som er oppstilt i art. 30. Her kreves mer enn forsett og kunnskap.

For det første må medhjelperen også her ha ”dobbelte forsett” for å kunne bli stilt til ansvar. Han må både ha forsett i forhold til den direkte gjerningsmannens forbrytelse og i forhold til sin egen medvirkning.

I tillegg til dobbelte forsett, kreves det at medhjelperen har et mål, ”*purpose*”. I dette ligger det noe mer enn bare kunnskap om at hjelpen han bidrar til å fremme forbrytelsen. Det kreves i denne forbindelse både at hjelperen har kjennskap til at hans bidrag fremmer forbrytelsen og han i tillegg ønsker at bidraget skal føre til at forbrytelsen blir begått.

En situasjon som illustrerer dette, har vi dersom en sivil blir spurt av en soldat om å oppgi gjemmestedet til noen som senere blir offer for en forbrytelse. Hvis den sivile som følge av redsel, og med håp om at personen ikke lenger befinner seg der, oppgir oppholdsstedet til soldaten, vil ikke denne medhjelperen være strafferettslig ansvarlig. Det gjelder selv om personen soldaten søker, blir funnet og utsatt for en forbrytelse under Romavedtektene. Det er den personlige skylden hos medhjelperen som er det avgjørende for om han kan straffes. Dersom den sivile oppgir gjemmestedet vel vitende om at personen da vil bli funnet og utsatt for en forbrytelse, og med ønske om at personen skal bli funnet, vil medhjelperen ha overtrådt skyldkravet. Han er da ansvarlig for medvirkning.

4 Unntak fra hovedregelen

Art. 30 oppstiller hovedregelen for hvilken skyld som kreves. Unntak kan gjøres i to retninger. Noe mer spesialisert enn forsett og kunnskap kan kreves og noe mindre kan være tilstrekkelig. Ord som "*wilful*", "*treacherously*", "*with intent to destroy*" eller "*with knowledge of*" brukes i flere av bestemmelsene i Romavedtektene. Noen ganger medfører ikke dette noe utover å være sammenfallende med hovedregelen. Men andre ganger innebærer altså ordlyden enten noe mer eller noe mindre i forhold hovedregelen. I det følgende skal vi for hver av kjerneforbrytelsene se når skyldkravet avviker fra hovedregelen.

"Unless otherwise provided, .."-klausulen gjør at skyldkravet kan reduseres til en lavere grad, da gjerne en variant av uaktsomhet. Uaktsomhetskravet i forhold til overordnede vil bli behandlet for seg i kapittel 5. Her er det andre og mindre klare avvik fra hovedregelen det skal redegjøres for. Klausulen kan også innebære unntak som gjør at kravet til forsett skjerpes, slik at det i tillegg til det generelle kravet i art. 30 i det enkelte straffebud oppstilles ekstra vilkår. Typisk vil dette være krav om spesielle mål for handlingen utover det å for eksempel drepe eller voldta et menneske, eller spesiell kunnskap gjerningsmannen må ha om konteksten disse handlingene foregår i.

Unntak fra hovedregelen i art. 30 kan gjøres både i forhold til forsettskravet og i forhold til kunnskapskravet.

4.1 Skyldkravet i forhold til folkemord

Ordlyden i folkemordbestemmelsen i art. 6, "*intent to destroy [...] a national, ethnic, racial or religious group*", tyder på at forsettskravet er spesialisert. Vi har her et dobbelt forsettskrav, et *dolus specialis*. Skyldkravet for folkemord representerer et unntak fra hovedregelen i art. 30, da

det kreves noe mer enn generelt forsett. Handlingene som er opplistet i art. 6 må være begått med dette spesielle forsettet for å kunne betraktes som folkemord.

En kan tenke seg at det først må foreligge forsett jfr. art. 30 i forhold til den enkelte straffbare handling opplistet i art. 6. I tillegg må det bevises at det, subjektivt hos gjerningsmannen, forelå et ønske om å utrydde hele folkegruppen. I Elements of Crimes til art. 6 utdypes skyldkravet. Felles punkt 1. og 2. til art. 6, litra a-e oppstiller materielle elementer som dekkes av skyldkravet i art. 30, og punkt 3. beskriver det spesielle forsettet som i tillegg kreves.

I det følgende vil det redegjøres nærmere for hvilken skyld som kreves for de forskjellige grupper gjerningsmenn jfr. art. 25, 3. ledd, litra a-c og litra e.

4.1.1 Den direkte gjerningsmann

I tillegg til å vise at skyldkravet i art. 30 er oppfylt i forhold til den enkelte straffbare handling slik det er redegjort for ovenfor i punkt 3.4.1, må man bevise den subjektive hensikt hos gjerningsmannen å utrydde ikke bare det enkeltstående individet han for eksempel drepte, men hele folkegruppen dette individet tilhørte.

4.1.2 Tilskynderen og medhjelperen

For at en tilskynder eller medhjelper generelt skal kunne straffes jfr. art. 25, 3. ledd, litra b og c, kreves ”dobbel forsett” jfr. art. 30, slik dette er redegjort for i punkt 3.4.2 og 3.4.3. I dette ligger det forsett både i forhold til egen handling og i forhold til den direkte gjerningsmannens handling.

Når det gjelder folkemord, innebærer det doble forsettskravet at skyldkravet blir dobbelt *dolus specialis*?

Romavedtektene art. 6 bygger på Folkemordkonvensjonen art. II. Det samme gjør bestemmelsen slik den kommer til uttrykk i Statuttene til ICTY²¹ og Statuttene til ICTR²². I tillegg bygger

²¹ Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.

folkemordbestemmelsen i Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene også på Folkemordkonvensjonen art. III, litra e, hva medvirkning angår. I Romavedtektene er straffbar medvirkning hjemlet i art. 25, 3. ledd, litra b og c, slik at det ble ansett nødvendig å uttrykkelig ta dette inn i art. 6 også.²³ Folkemordkonvensjonen av 1948 er å anse som folkerettslig sedvane²⁴, slik at både konvensjonen og den folkerettslige sedvane den bygger på jfr. art. 22, 1. ledd, litra b vil være rettskilder av sekundær karakter for å finne skyldkravet. Hvordan *ad hoc*-Tribunalene har tolket skyldkravet for disse grupper gjerningsmenn, vil etter dette tjene som en verdifull rettskilde. ICTY og ICTR har jo tolket folkemordbestemmelsen i sine Statutter på grunnlag av Folkemordkonvensjonen og den samme folkerettslige sedvane som ICC trolig vil legge til grunn.

Rwanda-Tribunalet uttaler følgende i *Akayesu*-saken²⁵:

“[W]here a person is accused of aiding and abetting [in] genocide, it must be proven that such a person acted with specific genocidal intent, i.e. the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group as such”.

Jugoslavia-Tribunalet har i flere etterfølgende dommer, for eksempel i *Jelisić*-saken²⁶, bygget på uttalelser fra *Akayesu*-dommen. ICTY og ICTR er således samstemt i sin tolkning av skyldkravet for medhjelpere.

Hvordan *ad hoc*-Tribunalene tolker sine Statutter, kan på en side ses som noe eget. Hvordan ICC vil tolke Romavedtektene, som har sitt grunnlag i den samme konvensjonen og folkerettslige sedvanen, kan sees på som noe annet. Skyldkravene trenger ikke være identiske. Den folkerettslige sedvane og Folkemordkonvensjonen angir ikke noe skyldkrav, og dommer fra andre internasjonale straffedomstoler er generelt ingen rettskilde i forhold til ICC, jfr. Romavedtektene art. 21. Likevel viser det seg at de forskjeller man har i ordlyden i Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene og Romavedtektene, er variasjoner fra Folkemordkonvensjonen av grunner

²² Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda.

²³ Det ble kun ansett nødvendig å uttrykkelig gjøre oppfordring til folkemord ulovlig, jfr. art. 25, 3. ledd, litra e, jfr. bl.a. Cassese i *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I, 2002, s. 347.

²⁴ Jfr. ICJ; rådgivende uttalelse av 28. mai 1951. Saken gjaldt reservasjoner til Folkemord-konvensjonen.

²⁵ ICTR, *Prosecutor vs Akayesu*, 1998, punkt 547.

²⁶ ICTY, *Prosecutor vs Jelisić*, 1999, punkt 86 og 87.

jeg ovenfor har redegjort for. Disse gir ikke i seg selv grunn for noen forskjellig tolkning.

Likhetene mellom Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene og Romavedtektene og den felles basis, gjør det heller naturlig å legge vekt på *ad hoc*-Tribunalenes samstemte tolkning av skyldkravet. Dette taler for at det også i ICC kreves *dolus specialis* både i forhold til medhjelperens medvirkning til folkemord og den direkte gjerningsmannen utførelse av folkemordet.

Et ytterligere argument for å tolke skyldkravet slik, følger av hovedregelen. Dobbelt forsett kreves i forhold til hovedregelen i art. 30 for medhjelpere. Siden art. 6 oppstiller generelt *dolus specialis*, vil det følge av systemet at det da for medhjelpere til folkemord kreves dobbelt *dolus specialis*. Det ville være i strid med bestemmelsens formål, jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd, å stille til ansvar for folkemord de medhjelpere som ikke hadde til hensikt å hjelpe til å utrydde en spesifikk gruppe. Dette ville være resultatet dersom ikke spesielt forsett kreves for medhjelperen. Og heller ikke dersom en medhjelper har slikt spesielt forsett, men den han assisterer ikke har det, vil det være riktig å stille medhjelperen til ansvar for folkemord. Dersom den direkte gjerningsmannen ikke har folkemordsforsett, vil en ikke kunne si at folkemord faktisk er begått eller forsøkt. Så lenge den direkte gjerningsmannen ikke begår eller forsøker å begå folkemord med riktig mental skyld, vil det logisk følge av kravet til dobbelt forsett, at heller ikke medhjelperen kan straffes for folkemord.

Også skyldkravet for tilskyndere bør tolkes slik. Dette fordi det også her, jfr. diskusjonen ovenfor i punkt 3.4.2, generelt kreves dobbelt forsett. Heller ikke tilskyndere utfører hovedforbrytelsen selv, og skylden er avhengig av den direkte gjerningsmanns utførelse eller forsøk er utført med tilstrekkelig mental skyld. Skyldkravet for tilskyndere og medvirkere bør således tolkes likt.

4.1.3 Oppfordreren

Ifølge art. 25, 3. ledd, litra e er det ulovlig direkte og offentlig å oppfordre til folkemord. Det er selve oppfordringen som er gjort ulovlig, slik at skylden er uavhengig av om noen faktisk blir oppfordret og utfører folkemord. Oppfordringen i seg selv anses tilstrekkelig farlig og klanderverdig til å være en selvstendig straffbar handling.

Hensikten bak en slik regel, er å komme til livs de som skaper slike skadelige holdninger i en befolkning. Bestemmelsen er ment å forhindre de tidlige fasene til folkemord, før forberedelseshandlinger eller forsøk har begynt. Bestemmelsen gjør det mulig å slå ned på folkemord på et tidlig stadium. Bestemmelsen bygger for øvrig på Folkemordkonvensjonen art. III, litra c, og anses nå som folkerettslig sedvane.

Art. 25, 3. ledd, litra e oppstiller ikke noe spesielt skyldkrav, hvilket tyder på at det er hovedregelen i art. 30 som gjelder. For det første må gjerningsmannen jfr. art. 30 ha til hensikt å handle offentlig, samt enten ha forsett²⁷ i forhold til å direkte oppfordre noen eller ha kunnskap om at hans handling har en direkte oppfordrende effekt. Oppfordringen må tilfredsstillе forsetts- eller kunnskapskravet i art. 30. I tillegg må gjerningsmannen enten ha til hensikt at de oppfordrede skal, eller kjennskap til at de oppfordrede normalt vil, utføre handlingene han oppfordrer til med den nødvendige *dolus specialis* art. 6 krever for folkemord. I så måte kan det sies å foreligge et dobbelt forsettskrav for oppfordreren; forsett jfr. art. 30 både for den direkte og offentlige oppfordringen og for oppfordringens eventuelle konsekvens.

Så langt er tolkning av bestemmelsen lik den Rwanda-Tribunalet legger til grunn i *Akayesu*-saken, punkt 560, ved tolkningen av sine Statutter for samme bestemmelse. I Statuttene til ICTR finner vi forbud mot direkte og offentlig oppfordring til folkemord i en bestemmelse som direkte bygger på Folkemordkonvensjonen art. III, litra c. Ordlyden til Romavedtektene er nesten identisk. *Ad hoc*-Tribunalens tolkning vil derfor også her kunne gi verdifull veiledning.

Problemet viser seg i forhold til om vi i det hele tatt kan kreve noe ytterligere forsett hos oppfordreren utover hovedregelen. Siden det dreier seg om oppfordring til folkemord, kan mye tyde på at det strenge skyldkravet art. 6 oppstiller må få relevans også her. Må oppfordreren ved oppfordringen ha et ønske om å utrydde en spesifikk folkegruppe, den folkegruppen han oppfordrer andre til å utrydde? Må han ha *dolus specialis* i forhold til oppfordringens begrunnelse?

²⁷ Hensiktsforsett, vissthetsforsett eller sannsynlighetsforsett.

En logisk tolkning kan på den ene siden tale for at det kreves ”folkmord-forsett” også hos oppfordreren. Også denne gjerningsmannen har bidratt til en mulig overtredelse av art. 6. En slik tolkning støttes av ICTR, i *Akayesu*-saken punkt 560, hvor det uttales at “*the person who is inciting to commit genocide must have himself the specific intent to commit genocide*” Kai Ambos hevder et slikt spesielt skyldkrav også må gjelde i forhold til ICC.²⁸ Når oppfordreren oppfordrer noen til å begå folkemord, hvilket innebærer at det nødvendige *dolus specialis* som trengs for å gjøre seg skyldig i folkemord skapes hos disse, kreves det da at også oppfordreren selv har dette spesielle forsettet. Skyldkravet for selve oppfordringen må være ”folkmord-forsett”, altså *dolus specialis* hos oppfordreren for at han skal kunne stilles til ansvar, hevder Ambos. Rwanda-Tribunalet har funnet at dette er skyldkravet i forhold til ICTR, og Ambos hevder da at ICC bør løse skyldkravet på samme måte. En slik løsning ville også være mest forenelig med skyldkravet slik det fremstår for andre medhjelpere og tilskyndere til folkemord.

På den andre siden, denne straffebestemmelsen er, ulikt skyldkravet for medhjelpere og tilskyndere, uavhengig av noe etterfølgende folkemord. I tillegg har ikke noe slikt krav grunnlag i ordlyden. Når det da i andre bestemmelser, f. eks. art. 25, 3. ledd, litra d, er uttrykkelig oppstilt et spesielt skyldkrav, taler dette mot at *dolus specialis* kan innfortolkes der det ikke uttrykkelig er nevnt. Ordlyden taler for at det for oppfordreren kun kreves forsett i forhold til hovedregelen i art. 30. Likevel slik at det i dette ligger kunnskap eller hensikt om å frembringe *dolus specialis* for de gjerningsmannen ønsker å oppfordre, da disse jo oppfordres til å begå folkemord med tilstrekkelig mental skyld. Blant andre Albin Eser²⁹ hevder at grunnen til at gjerningsmannen oppfordrer noen til å begå folkemord, ikke trenger å være at denne personlig ønsker at folkemord skal begås. Gjerningsmannen trenger ikke ha *dolus specialis* i forhold til grunnen til at han oppfordrer noen, da andre motiv kan tillates. Hvilke motiv det eventuelt kan være, kan dog vanskelig tenkes. Poenget er likevel at skyldkravet for oppfordringen ikke er strengere enn hovedregelen. Som Eser uttaler; gjerningsmannen “*he himself might have completely different motives, eventually important for sentencing but not for the question of his guilt or innocence*”.

²⁸ Se Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, s 488.

²⁹ Se The Rome Statute of the International Criminal Court, Vol. I, 2002, s. 806.

Selv om bestemmelsen relaterer seg til folkemord, og folkemord jfr. art. 6 har et skjerpet skyldkrav, er den straffbare handlingen å oppfordre noen til å begå folkemord plassert i art. 25. Art. 25 angir generelt hvilke typer handlinger Romavedtektene har gjort straffbare, altså hvordan man kan overtre straffebudene i art. 6-8. Når det å oppfordre til folkemord er plassert her, og ingen spesielle skyldkrav er uttrykkelig oppstilt, taler dette for at det er hovedregelen som gjelder. Ansvar for medvirkning og tilskynding er også hjemlet i art. 25, men her er kommer kravet til dobbelt *dolus specialis* klarere frem. Disse handlingene er gjort avhengig av at noen andre utfører eller forsøker å utføre folkemordet. Når oppfordring til folkemord er forbudt uavhengig av dette, vil en antitetisk tolkning av bestemmelsene tyde på at noe krav om *dolus specialis* her ikke kreves.

På den andre siden, når dommer fra *ad hoc*-Tribunalene oppstiller et strengere skyldkrav, kan dette ha betydning. *Ad hoc*-Tribunalene bygger tolkningen på Folkemordkonvensjonen og folkerettslig sedvane. Romavedtektene bygger også på disse rettskildene, hvilket kan tjene som argument for en lik tolkning. For ICC oppstiller legalitetsprinsippet i art. 22 visse skranke for tolkningen. Et strengere og mer spesialisert skyldkrav vil tale til fordel for en eventuell gjerningsmann, da *dolus specialis* vil være vanskeligere å bevise enn vanlig forsett. Legalitetsprinsippet vil ikke være noen skranke for en slik gunstigere tolkning.

Det er uenighet i teorien når det gjelder skyldkravet på dette punktet. De beste grunner taler for at Romavedtektenes metode må følges, og således la ordlyden og regelens plassering veie tyngre enn rettspraksis fra andre internasjonale domstoler. Det virker som Romavedtektene ikke gir grunnlag for å kreve *dolus specialis* hos oppfordrere til folkemord. Noen realitetsforskjell vil dette i de fleste tilfeller imidlertid neppe gi. Det kan vanskelig tenkes gjerningsmenn som oppfordrer til folkemord av andre grunner enn at de ønsker et folkemord utført. Bevismessig vil det likevel kreves mindre, da det kun er vanlig forsett jfr. art. 30 som skal bevises.

4.1.4 Å bevise *dolus specialis*

Folkemord krever en hensikt om å utrydde hele eller deler av en folkegruppe. Hvordan skal dette kunne bevises? Problemet oppstår når gjerningsmannen ikke innrømmer noe spesielt forsett i forhold til folkemord.

Det er antatt i teorien³⁰ at man kan utlede en slik utryddelseshensikt fra den omstendighet at man har utsatt flere personer fra en bestemt gruppe for handlinger under art. 6, litra a-e, mens personer fra andre grupper ikke er berørt. Kontekstuelle bevis for *dolus specialis* antas tillatt.

I *ad hoc*-Tribunalene, jfr. blant annet i *Akayesu*-saken³¹, tillates presumsjoner om faktiske omstendigheter som tilstrekkelig grunnlag for å utlede *dolus specialis*. Problemet med å bevise det strenge skyldkravet vil være det samme for ICC som for *ad hoc*-Tribunalene, og

straffeforfølgelse av slike handlinger like ønskelig. Å føre kontekstuelle bevis er generelt også det eneste praktiske mulige, da *dolus specialis* sjelden innrømmes eller bevises konkret.

Dette taler for at skylden vil kunne utledes fra faktiske omstendigheter også i ICC. Disse kan for eksempel være gjerningsmannens ord og handlinger, samt handlingsmønstre som viser konsekvens og systematikk i anslagene mot individer tilhørende en bestemt gruppe mens ingen andre grupper utsettes for slik forfølgelse.

4.1.5 Artikkel 6, litra c, d og e; noen tilleggsbemerkninger

I tillegg til det ordinære forsettet i art. 30 som kreves jfr. Elements of Crimes til art. 6, punkt 1. og 2., og det spesielle forsettskravet i punkt 3., er tilsynelatende forsettskravet på noen områder ytterligere spesialisert.

I Elements of Crimes til art. 6, litra c, ser vi i punkt 4., at det også kreves at "[t]he condition of life were calculated to bring about the physical destruction", og i art. 6 litra d, punkt 4. kreves det at "[t]he measures imposed were intended to prevent births". Det er usikkert om "calculated" og "intended" her refererer seg til den mentale skylden hos gjerningsmannen eller til de materielle elementene i gjerningsbeskrivelsen.

Dersom betingelsene anses som ytterligere skyldkrav, må skyldgraden forsett jfr. art. 30 kreves. Hvis derimot betingelsene anses som materielle krav, vil det kun være nødvendig å bevise kunnskap om at tiltakene kunne hatt slike følger.

³⁰ Se f. eks. K. Kittichaisaree, 2001.

³¹ ICTR, Prosecutor vs Akayesu, 1998, punkt 523.

Ordlyden krever ikke at følgene faktisk inntre, men kun at de er enten “*calculated*” eller “*intended*”. Det vil være i tråd med ordlyden å anse formålet med handlingen som det straffbare, og således tolke betingelsene som et ytterligere skyldkrav. “[C]*alculated*” vil kunne tolkes som et hensiktsforsett for følgene jfr. art. 30. “[I]*ntended*” vil innebære den samme generelle tolkningen av “*intent*” som redegjort for i forhold til art. 30.

Men ordlyden støtter også en tolkning som dreier seg om å bevise at tiltakene kunne hatt slike følger som beskrevet. *Mens rea* vil da kun kreve at gjerningsmannen hadde kunnskap om at slike følger kunne inntre, og for øvrig referere seg til de materielle element. Det er i tråd med ordlyden å tolke kalkulasjonen og de tilsiktede tiltakene slik at de viser til den materielle gjerningsbeskrivelsen, til hva som var kalkulert eller tilsiktet, heller enn gjerningsmannens mentale skyld.

Regelens plassering gir oss heller ingen tolkningshjelp. Elements of Crimes spesifiserer innholdet både i mentale og materielle element.

Av Romavedtektenes system, formål og oppbygning, jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd, vil det muligens kunne anses mest i tråd med ordlyden å tolke “*calculated*” og “*intended*” som skyldkrav. Andre steder i Romavedtektene blir jo “*intent*” alltid tolket som en del av *mens rea*, og når det kreves at en handling er kalkulert, vil dette naturlig følge av systemet at det siktes til gjerningsmannens subjektive tanker. Å tolke betingelsene som materielle krav, vil virke noe uryddig og ulogisk. Ved så stor uvisshet som det er her, vil slike momenter kunne veie tungt.

Dersom man ser på betingelsene som et skyldkrav, vil bakmennene for slike tiltak være målgruppen. Dersom elementene er materielle krav, vil bestemmelsen heller sikte seg inn lavere i hierarkiet, mot de som faktisk påfører folkegruppen slike tiltak. Begge løsningene er godt i tråd med ordlyden. I teorien er løsning ansett så uvisst at det ikke er blitt spekulert i Domstolens tolkning.³²

³² Se The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence, 2001 s. 52-53.

I en redegjørelse av Romavedtektenes skyldkrav, vil det uansett være naturlig å omtale problemet. Det vil være opp til Domstolen å tolke ordlyden og legge en forståelse av bestemmelsene til grunn.

I Elements of Crimes til litra e, punkt 6., har vi et spesielt kunnskapskrav i forhold til barnets alder. Dette er et avvik fra kunnskapskravet i art. 30. Behovet for å beskytte barn gjør at gjerningsmannen her blir ansvarlig for det han visste og det han burde vite om barnets alder.

4.2 Skyldkravet i forhold til forbrytelser mot menneskeheten

Også for denne forbrytelsen kreves det noe mer enn det generelle skyldkravet i art. 30³³. Ifølge art. 7 kreves det ytterligere kunnskap om den videre konteksten handlingen begås i.

I forhold til art. 7, 1. ledd, litra h, kreves det at handlingen er begått med ytterligere *dolus specialis*.

4.2.1 Kunnskapskravet

Unntaket i forhold til denne kjerneforbrytelsen refererer seg primært til kunnskapskravet, og det er mer spesialisert enn det generelle kunnskapskravet i hovedregelen.

Kunnskapen refererer seg til selve angrepet og til den underliggende planen.

4.2.1.1 Kunnskap om angrepet

I tillegg til forsett og kunnskap jfr. art. 30 i forhold til den enkelte forbrytelse, kreves det at gjerningsmannen er klar over angrepets utbredte eller systematiske karakter. Dette anses å være et spesialisert skyldkrav, selv om det kreves mindre enn skyldkravet for folkemord.

Tadić-saken³⁴ fra Jugoslavia-Tribunalet kan belyse hva som ligger i dette spesielle kunnskapskravet. Domstolen uttaler:

³³ Det har vært hevdet at det i kunnskapskravet her ikke ligger mer enn det hovedregelen i art. 30 oppstiller. Det er dog den rådende oppfatning, (se bl.a. Schabas og Sadat) at kunnskapskravet er mer spesialisert.

³⁴ Prosecutor vs. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), 1999, punkt 271.

"Crimes against humanity are crimes of a special nature to which a greater degree of moral turpitude attaches[...]. Thus [...], it must be proved that the crimes were related to the attack on a civilian population [...] and that the accused knew that his crimes were so related."

Domstolen legger altså til grunn det han visste, at han hadde faktisk, positiv kunnskap, om de videre omstendighetene rundt sin handling.

ICC er ikke, jfr. art. 21, bundet av uttaleleser fra Jugoslavia-Tribunalet. Men forbrytelser mot menneskeheten har vært en forbrytelse etter folkeretten siden rettsoppgjøret etter 2. verdenskrig. Tolkninger fra andre domstoler kan være et viktig moment for hvordan ICC vil komme til å tolke Romavedtektene. ICC står selvfølgelig fritt til selv å legge det innholdet Domstolen der finner riktigst etter rettskildene i art. 21.

Ordlyden i ICTY og ICC er heller ikke lik. Ordlyden i teksten til ICTY krever ikke kunnskap. Tribunalet har likevel innfortolket et slikt kunnskapskravkrav. I Romavedtektene er kunnskapskravet tatt inn i lovteksten. Om Statuttene til ICTY og Romavedtektene da bør tolkes på samme måte, vil falle utenfor oppgaven. Men disse momentene kan tyde på at også ICC vil kreve faktisk kunnskap hos gjerningsmannen for å dømme han etter art. 7.

Dette kravet kan imidlertid ses slik at det samsvarer med art. 30, som krever at en er klar over at en omstendighet eksisterer. En logisk følge av dette, er å se kravet i art. 7 om kjennskap til at handlingen er en del av et videre og systematisk angrep rettet mot sivilbefolkningen, nettopp som den omstendighet i forhold til forbrytelser mot menneskeheten, som art. 30 krever kjennskap til. I så fall krever ikke art. 7 noe annet *mens rea* enn det den generelle hovedregelen i art. 30 gjør. Det er kjennskapen til konteksten rundt angrepet som er det sentrale. Er kravet oppfylt etter art. 30, så vil det også være oppfylt etter art. 7.

Det har i teorien vært en viss diskusjon rundt dette, og det synes å være stor enighet om at det i kunnskapskravet ligger noe mer enn det som er oppstilt i art. 30. Det er da mulig Domstolen vil legge det samme i kravet som Jugoslavia-Tribunalet gjør.

K. Kittichaisaree fremholder at den enkelte forbrytelse må være en del av en *"context of mass crimes or fitting into such a pattern"*. Den enkelte gjerningsmann må i tillegg til å oppfylle skyldkravet i forhold til den enkelte forbrytelse, også kjenne til denne konteksten eller mønsteret for å kunne bli dømt for forbrytelser mot menneskeheten. Kravet om faktisk kunnskap om konteksten må ses som et ytterligere krav. En gjerningsmann som deltar i forbrytelser mot menneskeheten, for eksempel i form av drap jfr. art. 7, 1. ledd, litra a, men som ikke er klar over at handlingene er del av et utbredt eller systematisk angrep, vil være skyldig i drap og kanskje også krigsforbrytelser etter art. 8, men ikke forbrytelser mot menneskeheten etter art. 7.

Kunnskapskravet kan likevel ikke tolkes slik at det kreves kunnskap om alle sidene rundt angrepet. Dette fremgår av Elements of Crimes til art. 7, "Introduction", punkt 2. Hvor mye det kreves kunnskap om, vil Domstolen måtte vurdere i den enkelte sak. Ordlyden er vag, slik at noe mer generelt vanskelig kan sies. Roger S. Clark sammenfatter problemet godt i sin artikkel "Mental Elements in the International Criminal Court" når han sier: *"[H]ow much of the detail must an individual accused be shown to know before there is liability? The answer given in the paragraph is probably as precise as it can be: not all of it."*

Om kunnskapskravet generelt, fremholdes det som er drøftet angående kunnskapskravet i art. 30. Faktisk kunnskap inkluderer også kunnskap utledet fra omstendighetene.

4.2.1.2 Kunnskap om den underliggende planen

I tillegg til å ha kjennskap til angrepets utbredte eller systematiske karakter, må gjerningsmannen vite at den straffbare handling går inn som en del av en videre plan.

Ordlyden er svært vag, og det vil være opp til Domstolen å klargjøre kravet.

I Elements of Crimes til art. 7, "Introduction", punkt 2, ser vi at det heller ikke for den underliggende planens vedkommende kreves detaljkunnskap. En tokning i lys av formål og kontekst, jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd, støtter dette. Gjerningsmannen må kjenne den underliggende planen generelt, men det kreves ikke at han kjenner hele innholdet og alle detaljene. Hvor grensen for kunnskapskravet skal trekkes, må avgjøres i den konkrete sak.

4.2.2 *Dolus specialis*; diskrimineringshensikt.

Også for forfølgelse av en bestemt folkegruppe, "*persecution*", jfr. art. 7, 1. ledd, litra h kreves noe mer enn bare skyld etter hovedregelen i art. 30. Handlingen må i tillegg være begått med diskrimineringshensikt. I dette ligger en vilje til å begå slike handlinger mot en bestemt nasjonal, etnisk, religiøs, rase eller annen gruppe med den hensikt å diskriminere denne gruppen. Dette er et krav om *dolus specialis*.

4.3 Skyldkravet i forhold til krigsforbrytelser

Unntak fra kunnskapskravet viser seg her ved at det for noen bestemmelser er tilstrekkelig med en lavere kunnskapsgrad enn det kunnskapskravet hovedregelen i art. 30 oppstiller. Selv om art. 8 ikke uttrykkelig oppstiller noe spesielt skyldkrav utover hovedregelen, finner vi i Elements of Crimes eksempler på når mindre kunnskap enn faktisk kunnskap er tilstrekkelig.

4.3.1 Kunnskapskravet

Et lavere kunnskapskrav er for det første tilstrekkelig for kunnskap om visse faktiske omstendigheter. For krigsforbrytelser jfr. art. 8, 2. ledd, litra b, xxvi og art. 8, 2. ledd, litra e, vii, er det en forbrytelse å la barn under 15 år delta eller verve seg til stridigheter i henholdsvis internasjonale og interne konflikter. I Elements of Crimes spesifiseres og modifieres kunnskapskravet i bestemmelsen punkt 3, slik at gjerningsmannen blir ansvarlig både for det han visste og det han burde visst, "*should have known*", om barnets alder.

For det andre er et lavere kunnskapskrav tilstrekkelig for visse legale omstendigheter. Et eksempel her finner vi i Elements of Crimes til art. 8, 2. ledd, litra b, vii-1, 2 og 4 om uriktig bruk av fredshvile-flagget, flagg, emblem eller uniformer til fienden eller uriktig bruk av de særskilte emblem hjemlet i Genèvekonvensjonene.³⁵ Den uriktige bruken er ulovlig dersom gjerningsmannen visste eller burde vite at det var ulovlig å bruke slike emblem og symboler på uriktig måte.

³⁵ Det er kun ulovlig å bruke emblemene og symbolene på uriktig måte mens kampene pågår, og kun dersom den uriktige bruken resulterer i dødsfall eller alvorlige personskader.

Kunnskapskravet er altså på noen områder lempet, slik at skyldkravet her er uaktsomhet. Skyldkravet setter en standard for hva gjerningsmannen burde vite. Hensikten bak å lempe kunnskapskravet på disse områdene, er at hovedregelen i art. 30 som krever positiv kunnskap, er ansett å være for streng. Å bevise positiv kunnskap hos gjerningsmannen om et barns alder vil være meget problematisk praktisk sett, og i mange tilfeller umulig. Likevel er ”barnesoldater” et stort problem i dagens konfliktsoner. En lavere terskel for å kunne stille de ansvarlige til ansvar, vil være et nødvendig våpen i kampen mot slik utnyttelse av barn. Hensikten bak en uaktsomhetsterskel for ulovlig bruk av de nevnte emblem og symboler, er at uriktig bruk her er ansett så grunnleggende i strid med rettferdig krigføring, at man ikke skal komme fri fra ansvar på grunn av manglende positiv kunnskap om ulovligheten. Alle som deltar i krig bør og skal vite at det er ulovlig å benytte slike emblem når dette fører til død eller alvorlig skade hos motparten.

Hvor mye som skal kreves av gjerningsmannen før uaktsomhetsstandarden anses overtrådt, må vurderes konkret i den enkelte sak. Denne må dog vurderes opp mot legalitetsprinsippet i art. 22 og gjerningsmannens mulighet til å forutse sin rettsstilling.

4.3.2 Skyldkravet for øvrig for krigsforbrytelser

Det er antatt at bruk av ord som ”*wilful*”, ”*intentionally*” og ”*wantonly*” i straffebestemmelsene, ikke har noen realitetsbetydning, og anses sammenfallende med skyldkravet i art. 30. Disse eksplisitte uttrykkene av forsettskravet, synes å være overflødige.³⁶

Noen hevder likevel at disse eksplisitte referansene til forsettskravet må tolkes som en spesifisering av skyldkravets hovedregel i art. 30 på nærværende område. Der art. 30 krever forsett i forhold til en konsekvens, vil gjerningsmannens kunnskap om at konsekvensene ville inntre ”*in the ordinary course of events*”, være tilstrekkelig til at skyldkravet skal anses oppfylt. Det hevdes³⁷ at man her skal tolke forsettskravet mer spesialisert. For eksempel slik at det kreves forsett både i forhold til handlingen (for eksempel å slippe en bombe) og i forhold til

³⁶ Slike uttrykkelige forsettskrav finner vi i art. 8, 2. ledd, litra b, i, ii, iii, iv, ix, xxiv, xxv, og litra e, i, ii, iii og iv.

³⁷ Se The Rome Statute of the International Criminal Court, vol I, 2002, s. 389.

konsekvensen (for eksempel at et sivilt mål treffes). En slik tolkning kan man finne støtte for i Elements of Crimes til art. 8, 2. ledd, litra b, ii, som uttrykkelig sier at gjerningsmannen må ha forsett i forhold til handlingens konsekvens, i tillegg til at det kreves forsett i forhold til selve handlingen, selve angrepet.

På en annen side kan man trolig si at forsettskravet, slik det fremkommer i Romavedtektene, og med den klargjøring Elements of Crimes gir, i seg selv gir det samme tolkningsresultatet. I så måte trenger man ikke legge mer i bruken av ord som "*wilful*", "*intentionally*" og "*wantonly*" enn det Romavedtektene og Elements of Crimes selv bestemmer.

5 Artikkel 28; overordnedes ansvar

Straffebestemmelsen vil primært være aktuell der de underordnede har begått forbrytelser og det er umulig å bevise om dette har skjedd som følge av ordre eller annen medvirkning fra den overordnede. Art. 28 er således et straffeansvar den overordnede eventuelt vil ha uavhengig av art. 25³⁸. Art. 28 statuerer ansvar for en overordnet som unnlater å styre sine underordnede på en slik måte at disse ikke begår forbrytelser. Art. 28 er et av unntakene fra skyldkravet i art. 30 det jfr. *"unless otherwise provided"* er åpnet for, da skyldkravet her er lempet.

Å koble en overordnet til de forbrytelsene hans underordnede begår, vil være en av de største utfordringene og ikke minst et av hovedmålene til ICC. Selv om det kvantitativt vil være betydelig flere direkte gjerningsmenn enn overordnede, vil den overordnedes skyld være større. Det er den overordnedes posisjon og pliktene en slik post innebærer til å kontrollere og sikre at de underordnede overholder reglene, som rettferdiggjør dette lempede skyldkravet. Det vil for disse være vanskelig å bevise forsett og kunnskap etter hovedregelen. ICCs ansvarliggjøring av disse overordnede vil trolig sende sterke preventive signaler om at disse må handle innenfor en standard som er akseptert av det internasjonale samfunnet.

Skyldkravet for militære og sivile overordnede er senket til ulike grader av uaktsomhet, alt etter som den overordnede er militær eller sivil. Begrunnelsen ligger i at det kreves mer av disse enn det gjør av de som er direkte ansvarlig etter art. 30.

Det stilles videre strengere aktsomhetskrav til en militær enn til en sivil overordnet. Dette fordi det her dreier seg om yrkesmilitære, trent til å ha kommandoen og kontrollen over sine underordnede soldater. Disiplinen i den militære struktur gjør at de underordnede vil ha stor respekt for sine overordnedes ordre, i motsetning til det som kan være tilfelle i det sivile liv.

³⁸ Art. 25, 3. ledd, litra b og c vil være aktuelle hjemler hvor det kan bevises at den overordnede har beordret, tilskyndet eller medvirket i de underordnedes forbrytelsen. Den overordnede vil i så tilfelle bli ansvarlig etter art. 30.

Sivile overordnede har som regel ikke militær bakgrunn, og er ikke opplært i hvordan de skal kontrollere sine styrker i strid eller sørge for at ordre blir overholdt. De sivile overordnede sitter typisk høyere oppe i hierarkiet, i statsforvaltningen. Likevel kan de gi ordre om hvordan en situasjon skal håndteres, og må dermed også holdes ansvarlige. De sivile overordnede har imidlertid normalt ikke samme grad av kontroll og samme mulighet til å forebygge forbrytelser som en militær vil ha. Det mentale skyldkravet reflekterer disse to gruppens forskjellige utgangspunkt.

Tre kumulative vilkår må bevises for å kunne ilegge staffeansvar. Både militære og sivile overordnede må for det første enten ha *de jure* eller *de facto* kontroll over de direkte gjerningsmennene. For det andre må de enten ha kunnskap om forbrytelsene, eller ha opptrådt uaktsomt i forhold til kunnskap de burde hatt. Det er særlig her vi ser forskjellen mellom sivile og militære overordnede. For det tredje må den overordnede ikke ha utført alle nødvendige og rimelige tiltak for å stoppe eller forhindre forbrytelsene. Det andre av disse tre kumulative vilkårene er det aktuelle i en redegjørelse av skyldkravet.

5.1 Handlinger og unnlatelser

Art. 28 gjør overordnede ansvarlige for ikke å lede og kontrollere sine underordnede godt nok. Han vil ikke være ansvarlig for forbrytelser de underordnede begår direkte, men indirekte for sin egen manglende evne eller vilje til å stoppe eller forhindre dem.

En viss sammenheng mellom den overordnedes oppførsel og de underordnedes overtredelse av et straffebud, må likevel foreligge. For at ansvar skal inntre for den overordnede, må de underordnede ha gjort seg skyldig i overtredelse av et av straffebudene i Romavedtektene. De underordnede må ha begått eller være i ferd med å begå³⁹ en forbrytelse med den mentale skyld straffebudet krever jfr. art. 30. På de aller fleste områder er det kun de aktive handlinger, utført med forsett hos gjerningsmannen, som medfører straffeansvar. Men, som ovenfor nevnt, på noen få områder kan unnlatelseshandlinger hos de underordnede være tilstrekkelig for at et straffebud

³⁹ Forsøk på forbrytelser under Domstolens jurisdiksjon er straffbart etter art. 25, 3. ledd, litra f.

skal anses overtrådt jfr. punkt 3.2.1, og på noen få områder kan skyldkravet også for disse kun være uaktsomhet. Ved de underordnedes overtredelse eller forsøk på overtredelse av et straffebud i Romavedtektene, vil den overordnedes ansvar også kunne inntre.

Art. 28 refererer seg til tilfellene der den overordnede ikke har utøvd skikkelig kontroll over sine underordnede, altså til den overordnedes unnlatelseshandlinger.

5.2 Ansvar for det den overordnede visste

Både militære og sivile overordnede er, etter henholdsvis art. 28, litra a, i og litra b, i, gjort ansvarlig for de forbrytelser han visste, "*knew*", at hans underordnede enten begikk, "*committing*", eller var i ferd med å begå, "*about to commit*". I begrepet visste ligger faktisk kunnskap.

Dersom en overordnet har kunnskap om at hans underordnede gjør seg skyldige i forbrytelser, uten å gripe inn og stoppe det samt straffe de ansvarlige underordnede, opptrer den overordnede like straffverdig som den som faktisk begår forbrytelsene. Dersom den overordnede visste hva som foregikk, vil også han ha forsett i forhold til handlingen, når han ikke tar alle "*necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission*". Det dreier seg her om en forsettelig unnlatelseshandling.

Angående hva som nærmere ligger i begrepet faktisk kunnskap, viser jeg til diskusjonen ovenfor rundt art. 30 om forsett og kunnskap i kapittel 3.

Faktisk kunnskap kan være vanskelig å bevise, slik at kunnskap også her kan utledes fra omstendighetene⁴⁰. Bevis på kunnskapens eksistens kan da kun baseres på faktiske omstendigheter. Momenter Jugoslavia-Tribunalet særlig har lagt vekt på⁴¹, er langt på vei sammenfallende med de tolkningsmomenter redegjort for i punkt 3.3. Særlige momenter som bør vurderes spesielt i forhold til de overordnede, er hvilke og hvor store tropper det dreier seg om. Den overordnede bør ha større kontroll over en stor, generell styrke enn en liten, spesialtrenet

⁴⁰ Se blant annet The Rome Statute of the International Criminal Court, vol I, 2002, s. 863.

⁴¹ Se blant annet ICTY, Prosecutor vs. Delalić and others, 1998, punkt 386 og ICTY, Prosecutor vs Blaškić, 2000, punkt 307-308.

tropp med stor uavhengighet og selvstyring. Også den geografiske lokaliseringen og omfanget av forbrytelsene, vil kunne ha noe å si for hvilken kunnskap man skal kunne utlede at den overordnede hadde. Desto mer fjernt forbrytelsen var fra den overordnede, både i tid og sted, desto vanskeligere vil det være å utlede kunnskap hos den overordnede, særlig i mangel av øvrige indikatorer. Selvfølgelig vil også den overordnedes tilholdssted på det aktuelle tidspunkt være av betydning. Det vil være naturlig å anta at også ICC vil godta at kunnskap kan utledes, og at den da vil finne at de momentene som ICTY har listet opp er relevante, om ikke uttømmende, i vurderingen. Vurderingen vil kunne være noe forskjellig alt ettersom det er en sivil eller militær overordnetes kunnskap som skal utledes, og må gjøres konkret i den enkelte sak.

For forbrytelser som blir begått, og som den overordnede har kunnskap om, vil det ikke oppstå særlige tolkningsproblemer. Ansvar vil her være avhengig av om det kan bevises at forbrytelsene er begått og at den overordnede faktisk hadde kunnskap om dette.

For kunnskap om forbrytelser som er i ferd med å begås av de underordnede, blir spørsmålet hvor langt forsøket etter art. 25, 3. ledd, litra f er kommet. Siden det kun er aktuelt med ansvar for den overordnede der de underordnede faktisk har overtrådt noen av bestemmelsene i Romavedtektene, vil grensen gå ved det som anses som straffbare forberedelseshandlinger. Den nærmere grensegangen her, vil ikke være en del av *mens rea*-drøftelsen.

5.3 Uaktsomhetsvurderingen

Ansvar for faktisk kunnskap er et skyldkrav som er likt for både sivile og militære overordnede. Men art. 28 oppstiller også ansvar der faktisk kunnskap ikke foreligger. Ansvarsgrunnlaget er her uaktsomhet. Terskelen for hva som anses uaktsomt er forskjellig for disse to gruppene overordnede.

Uaktsomhetsbestemmelsene har en skranke mot legalitetsprinsippet. Hva en militær overordnet *"should have known"* eller om en sivil overordnet *"consciously disregarded information which clearly indicated"*, er gjenstand for skjønn. Yttergrensene for dette skjønnnet kan støte an mot legalitetsprinsippet i art. 22. Også overordnede har krav på å kunne forutberegne sin rettsstilling, slik at en for liberal tolkning vil ikke godtas.

5.3.1 Militære overordnede

Hva ligger i kravet burde ha visst, "*should have known*"? Hvilken aktsomhetsnorm henspeiler ordlyden på her?

Generelt må den overordnede ha hatt tilstrekkelig relevant informasjon til å gjøre ham i stand til å konkludere, utifra omstendighetene på tidspunktet, med at hans underordnede begikk eller var i ferd med å begå forbrytelser under Romavedtektene. Utifra denne informasjonen må det bevises at han enten var i stand til å trekke en konklusjon om at ulovligheter ble begått eller var i ferd med å begås, eller at denne informasjonen burde foranlediget ham til å foreta nærmere undersøkelser for å bringe klarhet i situasjonen.

Det første alternativet innebærer at den overordnede forholdt seg bevisst uaktsomt, hvilket vil si at han bevisst ignorerte informasjon som klart antydte at forbrytelser ble begått eller var i ferd med å begås. Dette kan minne om "*wilful blindness*", selv om vi her befinner oss på uaktsomhetens, og ikke forsettets, område. Den overordnedes måte å forholde seg til slike klare indikasjoner på, er svært lik.

Alternativt har vi en situasjon hvor den overordnede har i sin besittelse pålitelig og konkret informasjon, av mer eller mindre generell karakter. Med slik informasjon tilgjengelig kreves det at den overordnede enten trekker visse konklusjoner om at forbrytelser foregår eller, hvis han ikke har nok informasjon til å kunne trekke slike konklusjoner, foretar undersøkelser for å bringe klarhet i situasjonenes faktiske omfang. Det uaktsomme ligger da i å la være å foreta nærmere undersøkelser som eventuelt kan avdekke straffbare forhold hos de underordnede, når den overordnede har informasjon som gir incentiv til slike undersøkelser.

Momentene ved uaktsomhetsvurderingen vil være de samme som vil bli brukt for å utlede kunnskap omtalt generelt i punkt 3.3 og spesielt for overordnede i punkt 5.2. I tillegg til disse, vil særlig posisjon i hierarkiet være et moment ved vurderingen av hva den overordnede burde vite og hvilke konklusjoner han burde trekke, samt hvordan det militære hierarkiet fungerer i den aktuelle stat den overordnede tjenestegjør. Det er de konkrete omstendighetene rundt den enkelte sak som vil avgjøre aktsomhetsvurderingen. At de samme momenter brukes både for å utlede kunnskap i forhold til skyldkravet forsett og i forhold til skyldkravet uaktsomhet, kan virke ulogisk. Det må likevel være slik at der de faktiske omstendighetene sterkt peker i retning av at

den overordnede visste hva som foregikk, vil kunnskap være det mest forenelige vurderingsresultat. Der momentene ikke er så sterke at kunnskap kan utledes, men likevel er slik at de peker på at den overordnede absolutt burde hatt kunnskap, vil den overordnede kunne vurderes som uaktsom. Omstendighetene rundt de underordnedes forbrytelser vil, alt etter hvor sterke de er, lede til en vurdering av om den overordnede, ved å overse disse, finnes å ha utvist forsett eller ”bare” utvist uaktsomhet.

Det militære er normalt en institusjon med streng disiplin og klare regler for prosedyrer og oppførsel. For å vurdere oppførsel i forhold til en aktsomhetsnorm, vil slike regler og plikter ha stor verdi. Det kan lettere fastslås uaktsomhet dersom hans underordnede begår forbrytelser under Romavedtektene som konsekvens av slike regelbrudd. Også internasjonale regler, som for eksempel Genèvekonvensjonene 1. tilleggsprotokoll (P1)⁴² art. 87, vil angi praktiske tiltak en overordnet har plikt til å foreta seg. Bestemmelsen angir hvilke internasjonale humanitære regler den overordnede har plikt til å påse at de underordnede følger, og kan få betydning ved vurderingen av om en militær overordnet har vært uaktsom. Etter Romavedtektene vil også Genèvekonvensjonenes regler ha en viss betydning, generelt etter art. 21, litra b og spesielt for krigsforbrytelser etter art. 8, og kan anses som konkrete forpliktelser til å handle på en bestemt måte i en bestemt situasjon, som en del av krigens folkerett. Dersom en overordnet ikke følger disse, kan det være et argument for at ICC vil finne at den overordnede har opptrådt uaktsomt.

I forslaget til art. 28⁴³ er aktsomhetsnormen nærmere redegjort for. Aktsomhetsnormen hadde her ordlyden ”*had reason to know*”, og ILC uttaler der at ordlyden var ment å være sammenfallende med ordlyden i P1 art. 86 og Statuttene ICTY og ICTR, henholdsvis art. 7, 3. ledd og 6, 3. ledd. Men ordlyden i de endelige Romavedtektene lyder annerledes enn dette forslaget. En tolkning av ordlyden i Romavedtektene jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd slik ordlyden endelig ble, tyder på at det hviler en mer aktiv plikt på den overordnede til å holde seg orientert om sine underordnedes aktiviteter i ICC. Likevel kan handlingsplikt utifra omstendighetene, eller

⁴² 1. Tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene, 8. juni 1977. (Forkortet P1)

⁴³ International Law Commission (ILC) har i sin 48. samling kommentert alle de foreslåtte bestemmelsene til Romavedtektene. Disse utgjør del av rapport A/48/10 til FNs Generalforsamling og også utgitt i Yearbook of the International Law Commission, vol II. Det siktes her til kommentar til art. 6; Responsibility of the superior, punkt 5.

aktsomhetsnormen, slik den kommer til uttrykk i rettspraksis fra ICTY og ICTR, gi oss nyttige tolkningsmomenter. Dog med det i minne at ICC etter ordlyden nok krever en høyere aktsomhetsgrad.

Som eksempel kan vi se på *Delalić*-saken⁴⁴ fra Jugoslavia-Tribunalet. Domstolen uttalte der at dersom den overordnede har informasjon tilgjengelig for ham som indikerer at hans underordnede begår forbrytelser, kreves det av ham at han utfører ytterligere undersøkelser for å komme til bunns i saken. Informasjonen trenger ikke i seg selv være tilstrekkelig for å få kunnskap om forbrytelsene. Det er hvilke indikasjoner informasjonen gir, som er det essensielle. Har den overordnede informasjon som gir slike indikasjoner og han likevel ikke undersøker saken nærmere, vil han kunne finnes å ha opptrådt uaktsomt.

Spørsmålet blir hvor tydelig den informasjonen den overordnede har må indikere de underordnedes lovbrudd, før nærmere undersøkelser kreves. Skyldkravet i ICTY har en annen ordlyd enn Romavedtektene, og Tribunalet legger, på grunnlag av ordlyden tolket i sin vanlige mening og bekreftet av *les travaux préparatoires*, følgende tolkning til grunn: ”[A] superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences”. I forhold til ICTY kreves det altså at den informasjonen fra hvis den overordnede skal utøve sin aktsomhet, må være av spesifikk karakter.

ICC har imidlertid en strengere ordlyd enn Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene. Ambos hevder forskjellene i ordlyden fra disse tidligere rettskildene og Romavedtektene ikke innebærer vesentlige forskjeller. Han hevder en logisk tolkning må være å tolke ”*should have known*”-kravet i lys av P1, som må ses som den originale kilden til overordnedes ansvar. Ambos viser til flere forfattere som deler hans syn.⁴⁵ Et slikt syn taler for at kravet til informasjonen den overordnede har, og som vil være grunnlaget for aktsomhetsvurderingen, ikke er større enn det som er kommet til uttrykk gjennom rettspraksis fra *ad hoc*-Tribunalene. Informasjonen må være spesifikk.

⁴⁴ Prosecutor vs Delalić and others, 1998, punkt 393.

⁴⁵ H. S. Levie i Journal of Legal Studies, 1997/1998, punkt 3 viser til “reason to know” og “should have known”, “strikingly similar”.

På en annen side finnes ikke det samme skillet mellom militære og sivile overordnede ansvar i P1 og Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene. Likevel er uaktsomhetsvurderingen forskjellig for militære og sivile overordnede også her. "[R]eason to know" vurderes strengere for militære ledere enn for sivile ledere.⁴⁶ Det militære uaktsomhetsansvaret trenger ikke da, etter en tolkning, være så mye lempeligere i *ad hoc*-Tribunalene enn i Romavedtektene.

Andre hevder at ordlyden i Romavedtektene likevel innebærer en skjerpet aktsomhetsstandard. Blant andre Fenrick, Kittichaisaree og Vetter støtter en slik tolkning.⁴⁷ De holder fram at informasjonen som skal gi indikasjoner om lovbrudd, kun trenger å være av generell karakter. At det i Romavedtektene ikke er valgt å fremholde den ordlyd som frem til nå er blitt brukt støtter også en slik løsning, noe som bør tolkes som et bevisst valg om å føre en skjerpet linje. Hadde hensikten vært å videreføre den linje som startet ved P1, ville de beste grunner tale for at man ikke hadde endret ordlyden.

Juridisk teori er ikke en rettskilde etter art. 21. Likevel nevnes den juridiske diskusjonen rundt temaet, da den peker på argumenter det kan være aktuelt for Domstolen å ta i betraktning.

Etter dette taler de beste grunner for at det vil være tilstrekkelig at informasjonen er av generell karakter. Utover dette må informasjonen også her lede til at den overordnede får en indikasjon om at de underordnede begår forbrytelser.

5.3.2 Sivile overordnede

Sivile overordnede befinner seg som regel fjernere, både faktisk og juridisk, fra den aktuelle situasjonen og det aktuelle lovbrudd. Skyldkravet er oppstilt i art. 28, litra b, i, og gir uaktsomhetsansvar dersom han "*consciously disregarded information which clearly indicated*",

⁴⁶ Se blant annet ICTR, Prosecutor vs Kayishema and Ruzindana, 1999, punkt 225-228. Dommen vil bli nærmere omtalt nedenfor.

⁴⁷ Fenrick; Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, s. 519, Kittichaisaree; International Criminal Law, 2001, s. 156 og Vetter; Yale Journal of International Law s.122-123.

altså dersom han bevisst så bort fra informasjon som klart antydde at forbrytelser ble begått eller var i ferd med å begås. Dette er en høyere terskel enn for militære overordnede. Grunnen til at terskelen er høyere, er at de sivile overordnede ikke forutsettes å nyte den samme respekten og disiplinen som en militær leder gjør.

Når noen bevisst ser bort fra informasjon som klart antyder at forbrytelser under Romavedtektene blir begått eller er i ferd med å begås, ligger dette meget nært opp til faktisk kunnskap. Selv om kunnskap ikke beviselig foreligger, vil omstendighetene rundt situasjonen og den informasjonen den overordnede har, i så stor grad tyde på at forbrytelser blir begått eller er i ferd med å begås at man ligger nær opp til forsettets grenser. Faktisk kunnskap er, som ovenfor nevnt, vanskelig å bevise, så det lempeligere skyldkravet her kan også til en viss grad begrunnes retts teknisk. Forskjellen til utledet kunnskap er dog ikke særlig stor. Det dreier seg imidlertid her om en lavere skyldgrad enn forsett, da forsettskravet allerede er regulert i art. 28 gjennom kunnskapskravet, ”*knew*”. Ordlyden i uaktsomhetskravet tyder på en restriktiv tolkning, jfr. Wienkonvensjonen art. 31, 1. ledd.

Uaktsomhetskravet har mange likhetstrekk med det flere common law-rettssystemer kaller ”*wilful blindness*”, og som jeg tidligere har omtalt. ”*Wilful blindness*” som konsept i common law, representerer et unntak fra det vanlige vilkåret om faktisk kunnskap. Det anses der tilstrekkelig, når det gjelder eksistensen av et bestemt faktum, at en person er klar over den høye sannsynligheten av dens eksistens, men bevisst så bort fra det. Han vil dog ikke finnes ansvarlig dersom han virkelig trodde dette faktumet ikke eksisterte. Mye av tankegangen bak skyldkravet i Romavedtektene bygger også på dette, og kan dermed tale for at heller ikke ICC vil finne at ansvar foreligger dersom den sivile overordnede beviselig ikke trodde at faktumet eksisterte. I Romavedtektene vil det som i common law anses som forsett, omfattes av uaktsomhetsstandarden.

ICTR uttaler i *Kayishema and Ruzindana-saken*⁴⁸, punkt 227, at den anser Romavedtektene som relevante når den skal fastlegge sivile overordnedes uaktsomhetsansvar. Tribunalet uttaler i punkt

⁴⁸ ICTR, Prosecutor vs Kayishema and Ruzindana, 1999. Punkt 225-228.

228 at: *“it does not demand a prima facie duty upon a non-military commander to be seized of every activity of all persons under his or her control. [T]he Prosecution must prove that the accused in this case either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated or put him on notice that his subordinates had committed, or were about to commit acts in breach of [...] this Tribunal’s Statute.*

Sivile overordnede anses altså ikke å ha den samme aktive plikten til å holde seg informert om sine underordnede aktiviteter som militære overordnede har. Skyldkravet for øvrig anses å være i overensstemmelse med Romavedtektene.

Det vil for det første være avgjørende å bevise at informasjonen som klart antydte en betydelig risiko for at de underordnede begikk eller var i ferd med å begå straffbare handlinger under Romavedtektene, eksisterte på et bestemt tidspunkt. For det andre må det bevises at denne informasjonen var tilgjengelig for den sivile overordnede. Og for det tredje må det bevises at den sivile overordnede var klar over at informasjonen fantes, men unnlot å bruke den eller overså den.

5.3.2.1 Informasjonen må klart antyde lovbrudd

Informasjonen må klart antyde at de underordnede begår eller er i ferd med å begå forbrytelser under Romavedtektene. Ordlyden her er streng, og en naturlig språklig forståelse vil innebære at det kreves mye. Bevisene må dreie seg om at informasjonen som den overordnede hadde, tatt i betraktning den overordnede utdannelse og stilling, generelt burde ført til ytterligere undersøkelser. Det vil være opp til Domstolen i den enkelte sak å vurdere både informasjonens karakter og om den enkelte sivile overordnede i den konkrete situasjonen burde innsett at den klart antydte noe. Vurderingen må være individuell. Uaktsomhetsterskelen er høy, mye høyere enn for de militære overordnede, dog lavere enn forsett.

Hva informasjonen klart antyder, må tolkes utifra forholdene på det aktuelle tidspunktet.

Relevante momenter ved vurderingen vil være de samme som ovenfor, for omstendigheter som kan brukes for å utlede kunnskap i punkt 3.3 og 5.2. Særlig relevant i denne sammenheng er hvilke militære ledere som er involvert, da desto høyere i det militære hierarki kunnskap om forbrytelsene fantes, desto mer sannsynlig er det at den sivile overordnede hadde indikasjoner på hva som foregikk. Relevant er også hvilket nivå i hierarkiet den sivile overordnede befinner seg.

Informasjonen må i tillegg være tilgjengelig for den overordnede. En rapport som er sikkerhetsklarert utenfor den aktuelle sivile overordnedes rekkevidde, er ikke tilgjengelig. Dette vil gjelde selv om den overordnede visste om rapportenes eksistens, men ikke dens nærmere innhold. Ikke bare skriftlige, men også muntlige rapporter vil kunne være tilstrekkelige til å indikere straffbare forhold.

5.3.2.2 Informasjonen må bevisst oversees

Den overordnede må bevisst overse informasjon som gir betydelige indikasjoner på at straffbare handlinger ble begått eller var i ferd med å bli begått. Han må bevisst velge å overse informasjonens eksistens og ikke gjøre noe med den. Det henspilles på en avgjørelse av hva som ligger i gjerningsmannens subjektive tanker, og i kravet ligger det en antydning om at et aktivt valg må være fattet.

“Consciously disregarded” viser både til at den overordnede visste noe, at han hadde informasjon om lovbruddenes mulige eksistens, og at han etter dette bevisst valgte å ikke gjøre seg kjent med sakens videre omfang. Parallellen til *“wilful blindness”* er underliggende.

5.3.2.3 Et eksempel fra rettspraksis

Rettspraksis fra Rwanda-Tribunalet kan illustrere hvordan kunnskap kan utledes og hvordan den overordnede kan finnes i ha vært uaktsom. I *Kayishema and Ruzindana-saken*⁴⁹ uttaler Tribunalet seg om skyldkravet. Kayishemas stilling som *prefect* i det området folkemordet skjedde i, gjør at han var å anse som en sivil overordnet. Omstendigheter Tribunalet la vekt på ved vurderingen av *mens rea*, var for det første at *“the Tutsis were the subject of attacks throughout Rwanda by the date of the attack at Mubuga Church, and Kayishema was privy to this information. Second, following Kayishema’s conversation [he] refused the Tutsis access to water and informed them that they were about to die. Finally, the attackers included soldiers [...] of whom he exercised either de jure or de facto control over.”*

⁴⁹ Punkt 509 flg.

I saken ble det faktum at Kayishema ble identifisert på åstedet for folkemordet avgjørende for at Tribunalet anså ham å ha kunnskap.

Men de momenter Tribunalet legger vekt på i dommen, vil også kunne være aktuelle for å vurdere om informasjonen tydelig indikerte at folkemord var i ferd med å bli begått, og om aktsomhetsnormen således var overtrådt. ICC vil trolig også vurdere slike momenter i en uaktsomhetsvurdering. I denne saken var indikasjonene såpass sterke at, dersom det i en tenkt situasjon ikke forelå kunnskap hos Kayishema, fantes det sterke holdepunkter for å finne ham å ha vært uaktsom etter Romavedtektenes standard.

5.4 Den overordnede tiltak

Hvis den overordnede enten hadde faktisk kunnskap eller det er funnet at det var uaktsomt av ham å ikke ha denne kunnskapen (etter en av de to aktsomhetsstandardene), kan han fri seg fra ansvar ved å utføre alle "*necessary and reasonable measures*" i sin makt, og således forhindre at de underordnede begår eller fortsetter å begå forbrytelser. Hva som her kreves av den overordnede, er ikke en del av skyldkravet, og vil dermed falle utenfor oppgaven. Det kan likevel nevnes at utgangspunktet må være hvor i hierarkiet den overordnede befinner seg, og hvilke ressurser og maktmidler som der ligger til disposisjon. Generelt er tiltakene uløselig bundet til den enkelte situasjon. En konkret vurdering i den enkelte sak blir avgjørende.

Siden den overordnede forbrytelse ligger i unnlatelsen av å forhindre de underordnede forbrytelser, må den overordnede *mens rea* også omfatte et forhold til de unnlatte tiltakene. Dersom han har gjort alt i sin makt for å forhindre forbrytelsene, men ikke lykkes, vil han være straffri.

Det kreves en adekvat årsakssammenheng mellom den overordnede manglende ledelse av troppene og de underordnede forbrytelser. Det må bevises at forbrytelsene ikke hadde forekommet dersom styrkene hadde hatt tilstrekkelig ledelse. Det er unnlatelseshandlingens konsekvens som må bevises. Om en adekvat årsakssammenheng foreligger, må vurderes i den enkelte sak.

6 Artikkel 25, litra d; deltagelse i kriminell gruppe.

Denne bestemmelsen gjør medlemmer av en kriminell gruppe ansvarlige for ulovlige handlinger begått av andre medlemmer i gruppen. Det er ved selve deltagelsen i den kriminelle gruppen at kriminelt ansvar oppstår.

Skyldkravet er også her dobbelt forsett, men vilkårene er her uttrykkelig angitt i bestemmelsen. Bevistemaet blir om deltagelsen i den kriminelle gruppen var forsettlig, samt om spesiell skyld er utvist i forhold til punkt i og ii i litra d, nemlig enten (i) i forhold til målet med bidraget eller (ii) i forhold til om han hadde kunnskap om gruppens intensjoner om å begå forbrytelser under Domstolens jurisdiksjon.

6.1 Hovedhensyn og begrunnelse for regelen.

Mange av forbrytelsene under ICCs jurisdiksjon er kollektive forbrytelser, forbrytelser begått i fellesskap og i et system. Grunnet kjerneforbrytelsenes natur og alvor, *”the most serious crimes of concern to the international community as a whole”*⁵⁰, anses det nødvendig å komme deltagelse i slike systemer til livs. Bestemmelsen gjør deltagelse i en kriminell gruppe til et selvstendig straffeansvar, og er et godt eksempel på at vanlige skyldkrav ikke alltid er like passende på realiteten i krig.

Selv om bare en eller få i gruppen fysisk utfører forbrytelsene, vil deltagelsen og bidrag fra andre i gruppen ofte være avgjørende for om forbrytelsen blir begått. Det er ikke her den direkte gjerningsmannen man vil komme til livs, men de bidragsyterne som gjør det mulig for andre å begå forbrytelsen. Den moralske klanderverdigheten av deltagelse i slike kriminelle grupper er ofte ikke mindre enn den hos de som faktisk utfører handlingene. En som deltar i en kriminell

⁵⁰ Jfr. Romavedtektenes forteale.

gruppe ved å formulere detaljerte planer for å sette forbrytelser ut i livet, er i mange henseende like culpøs som den som faktisk utfører en forbrytelse han ellers kanskje ikke ville ha begått. En som medvirker til at forbrytelsen blir begått, bidrar kanskje i betydelig grad til at forbrytelsen blir begått både gjennom deltagelse i å formulere planen og gjennom fellesskapet som kan finnes ved å søke et felles kriminelt mål.

Det er ofte systemet og konteksten rundt gruppen som muliggjør forbrytelsene. Det kan være snakk om økonomisk støtte, logistikk og praktisk tilretteleggelse, moralsk støtte, oppfordring og lignende. Det er deltagelsen i apparatet rundt den som faktisk utfører handlingen og som på noen måte bidrar, som ansvarliggjøres. Det finnes mange eksempler på slike systemer eller kriminelle grupper.

Et eksempel er konsentrasjonsleirer. Også den som for eksempel står for logistikken til en slik leir, vil kunne være strafferettslig ansvarlig. En sjåfør som bringer mat, gass til gasskamrene eller fanger til leiren, vil være klanderverdig, selv om han ikke personlig dreper noen av fangene.

Dersom slike bidragsyttere har tilstrekkelig forsett, som det skal redegjøres for i det følgende, vil deltagelsen kunne være straffbar etter art. 25, 3. ledd, litra d.

Et annet eksempel er diverse terrornettverk, som i den senere tid har fått stor oppmerksomhet.

Finnes gruppen å være kriminell og ha et felles formål jfr. bestemmelsens *actus reus*, vil deltagelse kunne være straffbart dersom noen av Romavedtektenes straffebestemmelser overtreddes eller forsøkes overtrådt, dersom tilstrekkelig forsett foreligger.

I forarbeidene til Romavedtektene⁵¹ er det uttalt noe om formålet bak bestemmelsen.⁵²

International Law Commission (ILC) uttaler at man her for det første sikter på å gjøre medlemmer det kriminelle systemet har plassert høyt oppe i hierarkiet, det være seg statsansatte, militære ledere eller andre ledere i et ikke-statlig kriminelt system, ansvarlige for sin sentrale rolle dersom de, som individer eller som medvirkere, formulerer kriminelle planer. Ofte vil slike

⁵¹ Se International Law Commission (ILC), Draft Code of Crimes Against Peace and Security of Mankind, 1996, art. 2, kommentar punkt 13-15.

⁵² Kommentarene i forarbeidene refererer seg til ansvar for deltagelse i en bestemmelse med en ganske annen ordlyd enn den som nå er vedtatt. Likevel er det formålstjenelig å nevne hva forarbeidene har uttalt om regelens formål. Formålet er stort sett det samme, selv om bestemmelsens endelige utforming ble en annen.

spille en avgjørende rolle i om forbrytelsene faktisk blir begått. Dette fordi de alvorlige forbrytelsene Domstolen befatter seg med, ofte krever en plan eller tilrettelegging. For det andre sikter bestemmelsen på å ansvarliggjøre de som befinner seg i hierarkiets midtsjikt, de som gir konkrete ordre om hvordan planen skal gjennomføres. Planen utarbeides ofte i detalj av disse. Til slutt ansvarliggjøres de som befinner seg på det laveste nivået i hierarkiet, de som gjennom sin deltagelse kanskje er avgjørende for om en forbrytelse faktisk blir begått. Alle nivåene i et kriminelt system kan altså spille en betydelig rolle, og målet med bestemmelsen var å ansvarliggjøre enhver deltagelse.

Bestemmelsen er viktig, da den sender sterke signaler om hvordan slik deltagelse oppfattes av det internasjonale samfunn. Bestemmelsen bidrar til en bevisstgjøring av hvilken betydning slik deltagelse kan ha for å fremskynde forbrytelser. Støttespillere og bidragsytere er ofte svært viktige. Slik skaper bestemmelsen trolig også en viss preventiv effekt.

6.2 Skyldkravet

Art. 25, 3. ledd, litra d stiller klare vilkår for hvilken skyld en deltager i en kriminell gruppe må utvise for å være strafferettslig ansvarlig. Bidraget må være forsettlig, og skal enten ha som mål å fremme gruppens kriminelle aktiviteter eller formål, eller bli gjort med kunnskap om gruppens intensjoner om å begå forbrytelser. De forbrytelser gruppen utfører eller forsøker å utføre, må være under Domstolens jurisdiksjon for at de skal kunne bli pådømt av ICC.

Ad hoc-Tribunalene har i flere saker uttalt seg om Romavedtektenes rettslige vekt i forhold til tolkning av egne Statutter.⁵³ I mangel av lovfestet straffeansvar for medlemskap i kriminelle grupper i Statuttene til *ad hoc*-Tribunalene, har rettspraksis utviklet en slik lære med grunnlag i ordlyden i Romavedtektene. *Ad hoc*-Tribunalene anser straffeansvaret i Romavedtektene som et uttrykk for *opinio juris*, og tolker derfor straffeansvaret på basis av ordlyden der. *Ad hoc*-Tribunalene benytter dog andre folkerettslige kilder ved tolkning av hjemmelen enn det ICC vil

⁵³ Se blant annet Prosecutor vs Tadić, 1999.

gjøre. Hvordan *ad hoc*-Tribunalene tolker ordlyden i art. 25, 3. ledd, litra d, vil likevel kunne kaste lys over hvordan Romavedtektene skal tolkes av ICC.

I *Tadić*-saken fra 1999, punkt 228, uttaler Jugoslavia-Tribunalet seg om hvilken *mens rea* den anser påkrevd etter ordlyden i Romavedtektene.

For det første kreves det et felles forsett hos alle medlemmene i gruppen. I dette ligger det forsett til å begå forbrytelser under Domstolens jurisdiksjon. For det andre kreves det personlig kunnskap om hvilken grad og natur det kriminelle systemet har, i tillegg til at det kreves forsett i forhold til ønsket om å fremme dette felles systemet. For det tredje kreves det en intensjon om å delta i den kriminelle gruppen og en intensjon om å fremme det kriminelle formålet gruppen har og delta i den kriminelle gruppen eller i alle fall i gruppens kriminelle handlinger.

Utifra ordlyden i art. 25, 3. ledd, litra d, ser vi at mye av det *ad hoc*-Tribunalene har lagt i skyldkravet, etter en tolkning av ordlyden også må gjelde i forhold til ICC. En klargjøring og presisering av skyldkravets innhold kreves likevel.

6.2.1 Generelt *dolus*; forsettlig

Ordlyden og bestemmelsens oppbygning gjør det naturlig å dele skyldkravet, slik at regelen gir et generelt skyldkrav og to alternative spesielle skyldkrav.

Ordlyden i litra d, 2. setning; "*contribution shall be intentional and*" krever at bidraget til gruppen er forsettlig. Gjerningsmannen må forsettlig delta i en kriminell gruppe med et felles kriminelt formål.

Hva som ligger i dette forsettskravet, har vært gjenstand for en viss diskusjon i juridisk teori⁵⁴, men det må antas at forsettskravet her er et generelt *dolus* slik det er definert i art. 30, som forsett og kunnskap. Særlig tyder det faktum at det ikke her kreves noe spesielt formål eller spesiell hensikt bak det straffbare bidraget, på at dette ikke er noe *dolus specialis*-krav. Også konteksten støtter en slik tolkning, når det i litra d, i og ii opplistes hvilke alternative skyldkrav som må være

⁵⁴ Se for eksempel Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, s. 483-486.

tilstede i tillegg til dette generelle. Bidraget skal være forsettlig "and", tolkes logisk slik at dette skyldkravet er et vanlig forsettskrav jfr. art. 30.

6.2.2 Spesielt *dolus*; mål eller kunnskap

De to spesielle skyldkravene i art. 25, 3. ledd, litra d, i og ii, er alternative. Enten må deltageren i den kriminelle gruppen, i tillegg til å forsettlig bidra jfr. 30, ha et bestemt mål med bidraget, eller ha bestemt kunnskap om gruppens intensjoner.

6.2.2.1 Bidragets mål

Målet med bidraget til deltageren må være å fremme den kriminelle gruppens aktiviteter eller å fremme gruppens mål. I tillegg til å ha forsett generelt i forhold til sitt bidrag, må det bevises at han hadde ett av disse målene med bidraget sitt.

Det kreves ikke at målet har materialisert seg. Kravet er av generell karakter, slik at det ikke kreves at målet skal nås på en spesiell måte eller ved en spesiell handling som allerede er definert og konkretisert. Målet må være ønsket, men noe mer enn deltagelse med et mål om å videreføre gruppens kriminelle aktiviteter eller en hensikt om å fremme gruppens formål på generelt plan, kreves ikke.

6.2.2.2 Kunnskap om gruppens intensjoner om å begå forbrytelser

Alternativt må deltageren, i tillegg til å forsettlig bidra, vite at gruppen planlegger og ønsker å begå forbrytelser under Domstolens jurisdiksjon. Spørsmålet her blir hvilken kunnskap deltageren må ha om gruppens hensikt. Må han ha positiv kunnskap om spesifikke forbrytelser gruppen har til intensjon å begå, eller er det tilstrekkelig at han er klar over at gruppen trolig vil begå slike forbrytelser?

En tolkning av ordlyden, "*intention of the group to commit the crime*", tyder på at det må dreie seg om spesifikke forbrytelser. Særlig "*the crime*" tyder på at kunnskapen her må være konkret.

Skyldkravet etter den generelle forsettsregelen i art. 25, 3. ledd, litra d, jfr. art. 30, krever altså forsett og kunnskap. Kunnskapskravet etter denne regelen, vil jfr. art. 30 være generell kunnskap om konsekvenser eller omstendigheter. Således dreier det seg her om et spesielt kunnskapskrav, et *dolus specialis*, i tillegg til hovedregelen. Det kreves her spesifikk kunnskap om de konkrete intensjoner gruppen har.

I kunnskapskravet ligger krav om faktisk kunnskap. Som tidligere drøftet, antas det at ICC kan utvide kunnskapskravet ved å utlede kunnskap fra omstendighetene. Dette må antas gjelde også i forhold til dette spesielle kunnskapskravet, dog slik at det for å utlede spesifikk kunnskap må kreves klarere bevis enn for å utlede generell kunnskap. Dette fordi det er vanskeligere å bevise spesiell kunnskap enn generell kunnskap, noe som gjør at det da også skal mer til for å kunne utlede slik kunnskap. Skal spesifikk kunnskap utledes, kreves det mer konkrete og håndfaste holdepunkter.

Legalitetsprinsippet i art. 22 taler for en streng tolkning. Særlig fordi ordlyden gir en såpass detaljert beskrivelse av skyldkravet, vil skrankene lettere kunne overtredes dersom det like lett som for generelt forsett skal kunne utledes slik spesiell kunnskap. Selv om utledet kunnskap ikke er hjemlet i ordlyden, har dette ikke vært ansett å være i strid med legalitetsprinsippet i tidligere internasjonal rettspraksis. Den generelle begrunnelsen for å tillate utledet kunnskap, gjelder også i forhold til denne straffebestemmelsen.

Spørsmålet blir til slutt om Domstolen finner det tilstrekkelig bevist, utifra de bevis som fremlegges, at gjerningsmannen hadde kunnskap om gruppens intensjoner.

6.2.3 Det felles formål

Ansvar etter disse skyldkravene inntreffer dersom den kriminelle gruppen finnes å ha hatt et felles formål, "*a common purpose*". Det betinger straffbarheten at forbrytelsen relaterer seg til denne felles målsettingen. Hva som ligger i dette kravet, er ikke en del av *mens rea*.

I *Tadić*-saken fant ICTY at det kan oppstilles ansvar også for handlinger begått av medlemmer av gruppen som ikke er del av den felles kriminelle plan og som ikke har det formål gruppen har. Skyldkravet Tribunalet her oppstiller, er for det første et generelt forsett felles for hele gruppen.

Dette forsettet samsvarer med art. 30, og strekker seg kun til det "*common purpose*", forsettet for deltagelsen. I tillegg, uttaler Tribunalet i punkt 228 i.f., at der det kunne forutses at forbrytelser utenfor det felles formål kunne bli begått, og den aktuelle deltageren i gruppen var villig til å ta denne risikoen, vil deltageransvaret strekke seg også til disse forbrytelsene. Om Tribunalet her oppstiller et ansvar etter skyldgraden forsett, gjennom *dolus eventualis*, eller om det her er tilstrekkelig med uaktsomhet, bevisst uaktsomhet, er ikke sikkert.

Det er imidlertid tvilsomt om ICC vil tolke art. 25, 3. ledd, litra d utvidende, slik at også forbrytelser utenfor det felles formål blir inkludert. Legalitetsprinsippet i art. 22 taler mot en slik tolkning, særlig når ordlyden er såpass klar. En logisk tolkning tilsier at deltagerne i gruppen på grunnlag av sin deltagelse, kun vil kunne holdes ansvarlig for forbrytelser som relaterer seg til gruppens felles formål. Forbrytelser utenfor gruppens spesielle målsetting vil kunne føre til straffeansvar med hjemmel i art. 25, 3. ledd, litra b eller c, men da altså på et annet grunnlag enn deltagelse i den kriminelle gruppen.

6.3 Dobbelt forsett?

Straffeansvar for deltagelse i en kriminell gruppe synes å skille seg ut fra straffeansvar for annen medvirkning jfr. art. 25, 3. ledd, litra b og c. I sistnevnte bestemmelser kreves forsett både i forhold til egen medvirkning og i forhold til gjerningsmannens utførelse, altså dobbelt forsett, uten at dette er eksplisitt angitt. For deltagelse i en kriminell gruppe er skyldkravet eksplisitt angitt. Regelen innebærer at medlemmet av den kriminelle gruppen for det første må ha hatt forsett i forhold til sitt medlemskap og sin deltagelse i den kriminelle gruppen, og at han i tillegg må ha hatt forsett i forhold til den forbrytelsen et annet medlem av gruppen utførte. Forskjellen fra det doble forsettskravet som følger av litra b og c, ligger i at litra d angir forsettskravet klart i teksten. Noen realitetsforskjell antas dette imidlertid ikke å ha, utover at tolkningen blir mer bundet når ordlyden er mer konkret.

7 Villfarelse

I følge art. 30 avhenger strafferettslig ansvar av om den straffbare handlingens materielle elementer er begått med forsett og kunnskap. Når en gjerningsmann ikke er klar over spesielle konsekvenser eller omstendigheter som betinger straffbarheten, anses ikke gjerningsmannen å ha tilstrekkelig kunnskap i forhold til skyldkravet. Villfarelse i forhold til faktiske eller rettslige deler av den materielle gjerningsbeskrivelsen henholdsvis skal eller kan være straffriende etter art. 32.

7.1 Faktisk villfarelse

Skyldkravet må bygge på gjerningsmannens oppfatning av de faktiske forhold. Således vil en faktisk villfarelse jfr. art. 32, 1. ledd, dersom villfarelsen refererer seg til faktiske omstendigheter som er en del av den materielle gjerningsbeskrivelsen, være avgjørende for om skyldkravet er oppfylt. Slike faktiske omstendigheter er det redegjort for i punkt 3.3.1. Dersom gjerningsmannen for eksempel ikke visste at soldaten han har drept allerede var såret og derfor *hors de combat*, vil han ikke være strafferettslig ansvarlig etter art. 8, 2. ledd, litra a, i og litra c, i. Faktisk villfarelse er straffriende.

7.2 Rettslig villfarelse

Etter art. 32, 2. ledd ser vi at rettslig villfarelse normalt ikke utelukker strafferettslig ansvar. Skyldkravet knyttes ikke til en rettslig evaluering av omstendighetene. Men etter art. 32, 2. ledd, 2. setning kan unntak gjøres der kunnskap om en rettslig omstendighet betinger straffbarheten. Kunnskap om legale omstendigheter er det redegjort for i punkt 3.3.1. Art. 8, 2. ledd, litra b, vii gir eksempel på en slik legal omstendighet. Det er ulovlig å benytte fredsflagget i situasjoner hvor gjerningsmannen visste eller burde vite at dette var ulovlig, dersom noen blir drept eller alvorlig såret på grunn av denne ulovlige bruken. I en situasjon hvor gjerningsmannen trodde han

brukte fredsflagget på lovlig måte, og det heller ikke var uaktsomt av han å tro dette, vil gjerningsmannen være i rettslig villfarelse om en omstendighet som betinger straffbarheten. Straffeansvar kan da utelukkes, slik at det er opp til Domstolen å vurdere dette i den enkelte sak.

Ordre fra overordnede befri heller ikke vanligvis den direkte gjerningsmannen fra strafferettslig ansvar, jfr. art. 33. Unntak gjøres når tre kumulative vilkår er oppfylt. Vilkårene krever at det foreligger en bindende ordre fra en overordnet til å begå en forbrytelse og en generell rettslig forpliktelse for den underordnede til å adlyde ordren. I tillegg kreves det at gjerningsmannen ikke hadde kunnskap om at ordren var ulovlig, og at ordren uten tvil var ulovlig. I forhold til en drøftelse om skyldkravet, er det kunnskapskravet som er relevant. Dersom gjerningsmannen ikke hadde kunnskap om at ordren var ulovlig, og de to øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, vil gjerningsmannen være straffri som følge av rettsvillfarelse.

8 Avslutning

I Romavedtektene er skyldkravet hovedsakelig forsett eller kunnskap. Unntak fra hovedregelen kan gjøres både i strengere og lempeligere retning. En gjennomgang av *mens rea* viser at skyldkravet har mange forskjellige varianter, både av forsett og av uaktsomhet.

Uaktsomhetsansvaret for sivile og militære overordnede er det viktigste unntaket fra hovedregelen.

I denne redegjørelsen har skyldkravet blitt tolket etter ordlyden og de øvrige rettskildene som foreligger på dette tidspunkt. Rettspraksis fra Den internasjonale straffedomstol vil i fremtiden kunne spesifisere skyldkravet på viktige områder, slik at det vil være mulig å forutberegne sin rettsstilling i større grad.

9 Litteraturliste

Bøker

Bøker med opptil 3 forfattere:

Eskeland, Ståle; Strafferett, 1. utgave, Oslo 2000.

ISBN 82-02-192692-2.

Kim, Young Sok; The International Criminal Court; A commentary of the Roma Statute, 1. utgave, Leeds 2003.

ISBN 1-84290-046-3.

Kittichaisaree, Kirangsak; International Criminal Court, 1. utgave, Oxford 2001.

ISBN 0-19-876577-0

Sadat, Leila Nadya; The International Criminal Court and the transformation of international law, Justice for the new millennium, 1. utgave, Ardsley New York 2002.

ISBN 1-57105-133-3.

Schabas, William A.; An introduction to the International Criminal Court, 2. utgave, Cambridge 2004.

ISBN 0 521 83055 9.

Redigerte verk:

Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, Article by Article.

Red.: Otto Triffterer, 1. utgave, Baden-Baden, 1999.

ISBN 3-7890-6173-5

The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence.
Red.: Roy S. Lee, 1. utgave , Ardsley New York, 2001.
ISBN 1-57105-209-7

The International Criminal Court; The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results.
Red: Roy S. Lee, 1. utgave, Haag, 2002.
ISBN 904111212X

The Rome Statute of the International Criminal Court, vol. I.
Red.: Antonio Cassese, Paola Gaeta og John R.W.D. Jones, 1. utgave, Oxford 2002.
ISBN 0-19-924312.

Artikler og elektroniske dokumenter:

Ambos, Kai; General Principles of the law of the Rome Statute.
Criminal Law Forum, nr 10, 1999, s. 1-32.

Clark, Roger S.; The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the
International Criminal Court and the elements of offences.
Criminal Law Forum, nr 12, 2001, s. 291-334.

Hendin, Stuart E.; Command Responsibility and Superior Orders in the Twentieth Century – A
Century of Evolution.[online]
E LAW – Murdoch University Electronic Journal of Law , vol. 10, nummer 1, mars 2003. URL:
http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v10n1/hendin101nf.html#International%20Criminal%20Court_T.

Levie, Howard S.; Command Responsibility.
The Journal of Legal Studies, vol. 8, 1997-1998.

Schabas, William A.; General Principles of Criminal Law in the International Criminal Court Statute.

European journal of crime, criminal law and criminal justice, vol. 6, 1998, s. 84-112.

Vetter, Greg R.; Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court (ICC).

The Yale journal of international law, vol. 25, 2000.

Internasjonal rettspraksis

ICTY

1998, Prosecutor vs Delalić, Mucić, Delić and Landžo, ICTY Trial Chamber II, 16. november 1998.

(Case no: IT-96-21-T.)

1999, Prosecutor vs Tadić, ICTY Appeals Chamber 15. juli 1999.

(Case no: IT-94-1-A.)

1999, Prosecutor vs Jelisić, ICTY Trial Chamber I, 14. desember 1999.

(Case no: IT-95-10-T.)

2000, Prosecutor vs Blaškić, ICTY Trial Chamber I, 3. mars 2000.

(Case no: IT-95-14-T.)

ICTR

1998, Prosecutor vs Akayesu, ICTR Trial Chambers I, 2. September 1998.

(Case no: ICTR-96-4-T.)

1999, Prosecutor vs Kayishema and Ruzindana, ICTR Trial Chambers I, 21. mai, 1999.

(Case no: ICTR-95-1-T.)

ICJ

Rådgivende uttalelse av 28. mai 1951.

Internasjonale traktater og konvensjoner

1945, Statute of the International Court of Justice, i kraft: 24. oktober 1945. Norsk tittel: Vedtekter for Den internasjonale domstol. 26. juni 1945.

1948, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, i kraft: 12. januar 1951. Norsk tittel: Folkemordkonvensjonen. 9. desember 1948.

1966, International Covenant on Civil and Political Rights, i kraft: 23. mars 1976. Norsk tittel: Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter. 16. desember 1966.

1969, Vienna Convention on the Law of Treaties, i kraft: 27. januar 1980. Norsk tittel: Wienkonvensjonen om tolkning av traktater. 23. mai 1969.

1949, Genevekonvensjonene:

Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Norsk tittel: Genévekonvensjonen om forbedring av såredes og sykes kår i de væpnede styrker i felten, med vedlegg (Konvensjon I).

Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Norsk tittel: Genévekonvensjonen om forbedring av såredes, sykes og skipbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs, med vedlegg (Konvensjon II).

Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Norsk tittel: Genévekonvensjonen om behandling av krigsfanger, med vedlegg (Konvensjon III).

Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Norsk tittel: Genévekonvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid (Konvensjon IV).

12. august 1949. I kraft: 21. oktober 1950.

1977, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

I kraft: 7. desember 1978. Norsk tittel: Tilleggsprotokoll til Genèvekonvensjonene av 12-08-1949 hva angår beskyttelse av ofre for internasjonale væpnede konflikter.

1984, Convention against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, i kraft 26. juni 1987. Norsk tittel: Konvensjon mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. 10. desember 1984.

1993, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, UN Doc.S/RES/827. Norsk tittel: Statuttene til Den internasjonale straffedomstol for det tidligere Jugoslavia. 25. mai 1993.

1994, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, UN Doc.S/RES/955. Norsk tittel: Statuttene til Den internasjonale straffedomstol for Rwanda. 8. november 1994.

1998, Rome Statute of the International Criminal Court, i kraft 1. juli 2002. Norsk tittel: Romavedtektene om Den internasjonale straffedomstol. 17. juli 1998.

Forarbeider

1996, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, International Law Commission.

1996, Report of the Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court, International Law Commission.

1997, Report of the Preparatory Commission for the Establishment of an International Criminal Court, International Law Commission.

